Diebstahl und Unterschlagung nach geltendem Recht und den neueren Strafgesetzentwürfen, insbesondere nach E. 1927.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

Hanswalther Dobbelmann

Gerichtsreferendar aus Stolberg (Rhld.)

Druck: Stolberger Zeitungs- und Akzidenz-Druckerei B. Linzen, Stolberg Rhl.

L933.

Dekan: Prof. Dr. Stoll.

Referent: Prof. Dr. Schoetensack.

Angenommen: 18. April 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0115

Anordnung.

Seite

Erstes Kapitel: Einleitung.

§ 1. Der Diebstahls- und Unterschlagungsbegriff in der geschichtlichen Entwicklung 9

Zweites Kapitel: Der einfache Diebstahl (§ 242 StGB).

§ 2. Der Begriff 14
§ 3. Der objektive Tatbestand 15
§ 4. Der subjektive Tatbestand 18
§ 5. Die Strafe 31

Drittes Kapitel: Die qualifizierten Fälle des Diebstahls (§§ 243, 244, 245, 252 StGB).

§ 6. Allgemeines 40
§ 7. Die einzelnen Tatbestände des geltenden Rechts im Vergleich zu denen der neueren Strafgesetzentwürfe 42
A. Kirchendiebstahl 42
B. Einbruchsdiebstahl. Nachschlüsseldiebstahl. Diebstahl unter Sicherungsbruch 44
C. Transport- oder Beförderungs- (Verkehrs-) Diebstahl . . 49
D. Diebstahl mit Waffen 52
E. Bandendiebstahl 54
F. Nächtlicher Diebstahl 55
G. Diebstahl im Rückfall. Gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Diebstahl 57
H. Räuberischer Diebstahl 59

§ 8. Neugeschaffene im geltenden StGB nicht vorhandene Tatbestände 64
A. Diebstahl bei Unfällen 64
B. Diebstahl aus Sammlungen 65
C. Diebstahl an Betriebsmitteln 66
D. Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen 66
E. Diebstahl an Gebäudeteilen 67
F. Diebstahl aus unmittelbarem körperlichem Gewahrsam . 67

§ 9. Die Strafe 68

Viertes Kapitel: Die Unterschlagung (§ 246 StGB).

§ 10. Der Begriff 70
§ 11. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale 71
A. In objektiver Hinsicht 71
B. In subjektiver Hinsicht 75
§ 12. Die Strafe 75

Fünftes Kapitel: Privilegierte Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung (§§ 247, 248a, 370 Nr. 5 StGB).

§ 13. Haus- oder Familiendiebstahl und -unterschlagung 77
§ 14. Die Not- und Gebrauchsmittelentwendung (Entwendung) . . 81

Sechstes Kapitel: Sondertatbestände.

§ 15. Unberechtigte Aneignung 86
§ 16. Dauernde Entziehung von Sachen 88

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. 1926.

Bachem: Der Unterschied zwischen dem furtum des römischen Rechts und dem Diebstahl. Diss. Göttingen 1880.

v. Bar: in Magazin für deutsches Recht der Gegenwart. Band 4.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1876.

Beseler: Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1851.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1902.

Blümel: Diebstahl und Unterschlagung unter besonderer Berücksichtigung des Zueignungsbegriffs. Diss. Breslau 1929.

Bruns: Der subjektive Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung. Diss. Tübingen 1928.

Bumke: Der neue Strafgesetzentwurf, in Deutsche Juristenzeitung 1925.

Graf zu Dohna: Der Strafgesetzentwurf nach der ersten Lesung, in Kölnische Zeitung vom 6. 8. 1930.

Dörr: Ueber das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 3/4.

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts, herausgegeben von Mittermaier. 1847.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage. 1931.

Gebauer: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 1.

Graf Gleispach: in Reform des Strafrechts. 1926.

Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Teil II. 1852. (Goltd. Mat.)

Grünhut: in Reform des Strafrechts. 1926.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Teil II. 1884. System des preußischen Strafrechts, Teil I und II. 1855 (1868).

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung, in Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Band VI. 1907.

Hegler: Die Systematik der Vermögensdelikte, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band IX und X.

Hofmann: Diebstahl und Unterschlagung im Entwurf von 1927, Diss. Tübingen 1928.

John: Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 1.

Klett: Diebstahl und Unterschlagung unter Berücksichtigung sämtlicher Entwürfe, Diss. Tübingen 1928.

Klien: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1806.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 1878 (1870).

Krebs: Ueber den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Diss. Breslau 1915.

Leipziger Kommentar: Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermayer-Lobe-Rosenberg. 4. Auflage. 1929 (LK).

v. Lilienthal: Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 32.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Auflage. 1927.

Mannheim: in Reform des Strafrechts. 1926.

A. Merkel: Diebstahl und Unterschlagung, in Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von v. Holtzendorff, Band III.

Mommsen: Römisches Strafrecht. 1899.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Auflage. 1927. Neubearbeitet von Niethammer.

v. Pradzynski: Sachbeschädigung und Aneignung, in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 88.

Sauer: Der Zueignungsbegriff, in Goltdammers Archiv Band 63.

Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. in Juristische Rundschau 2.

v. Staff: Der neue Strafgesetzentwurf, in Deutsche Juristenzeitung 1925.

Than: Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Diss. Breslau 1915.

Ullmann: Ueber den Dolus beim Diebstahl. 1870.

v. Weber: Die Vermögensverbrechen nach dem Entwurf 1927, in Gerichtssaal, Band 95.

Weiske: Der Sachsenspiegel 1895.

II. Gesetzgebungen, Zeitschriften, Entscheidungen.

Peinliche Gerichtsordnung Karls V. (CCC), synopt. Ausgabe von Zöpfl.

Der Gerichtssaal.

Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltd. Arch.)

Juristische Wochenschrift (JW).

Deutsche Juristenzeitung (DJZ).

Juristische Rundschau (JR).

Das Recht (Recht).

Deutsche Richterzeitung (DRZ).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (Lpz. Z.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (E.).

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (Rspr.).

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (mit Begründung). 1909 (VE).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs (mit Begründung). 1911 (GE).

Entwurf der Strafrechtskommission. 1913 (KE).

Entwurf (mit Denkschrift) von 1919 (E. 19).

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs (mit Begründung) von 1925 (E. 25).

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs (mit Begründung)von 1927 (E. 27).

Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Vollzugsgesetz (mit Begründung) von 1929.

Erstes Kapitel.

Einleitung:

§ 1.

Der Diebstahls- und Unterschlagungsbegriff in der geschichtlichen Entwicklung.

In den Quellen aus der älteren Zeit des römischen Strafrechts suchen wir eine Legaldefinition des Diebstahls vergeblich. Während heutzutage in einer Zeit des geschriebenen Rechts eine gesetzliche Festlegung der verschiedenen rechtlichen Tatbestände im allgemeinen als selbstverständlich und notwendig angesehen wird — auch bei vermeintlich allgemein bekannten Begriffen — glaubten die römischen Juristen von einer Formulierung des Diebstahlstatbestandes absehen zu können, da dieser Begriff nach ihrer Meinung im Volksbewußtsein feststand. Erst in der Justinianeischen Gesetzgebung finden wir eine Begriffsbestimmung des Diebstahls, wonach „furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve“.[1]) Die Auslegung dieser Stelle ergibt, daß das furtum außer dem Diebstahl des geltenden Rechts noch eine Reihe anderer Tatbestände umfaßt. So macht es keinen Unterschied, ob eine Sache fremdem Gewahrsam entzogen wird (wie beim Diebstahl des heutigen Rechts)oder nicht (wie bei der Unterschlagung) oder ob die Wegnahme mit Gewalt geschieht (wie beim Raub[2])). Auch derjenige begeht ein furtum, der bewußt eine Leistung annimmt, die ihm nicht geschuldet wird, ein Fall, der sich nach geltendem Recht als Betrug darstellen kann. Außer dem gewöhnlichen Sachdiebstahl (furtum rei ipsius) kennt das römische Recht ein furtum usus, d. i. die unbefugte Entziehung einer Sache zu nur vorübergehendem Gebrauch, die heute regelmäßig nicht strafbar ist.[3]) Dem Begriff des furtum unterfällt auch die widerrechtliche Entziehung eigener Sachen aus dem Gewahrsam desjenigen, dem sie zum Besitz überlassen sind (furtum

---

[1]) Paulus, § 3 Dig. 47, 2.

[2]) Nur im prätorischen Recht trennte man die heimliche (furtum) von der gewalttätigen Sachaneignung (rapina).

[3]) Nur § 290 StGB behandelt nach herrschender Lehre einen Spezialfall des furtum usus: Olshausen und Frank zu § 290. A. A. Hegler IX S. 369 f.

possessionis). Diesem Tatbestand entspricht heute im wesentlichen die Pfandkehr des § 289 StGB.

Aus der überragenden Ausbildung, welche die römischen Juristen dem Zivilrecht angedeihen ließen, ist es zu erklären, daß das furtum wie fast alle absichtlichen Zuwiderhandlungen gegen die Rechtsordnung regelmäßig nur auf zivilrechtlichem Wege gesühnt, nicht jedoch mit einer kriminellen Strafe bedroht wurde. Man sah im Diebstahl noch keine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und überließ es dem einzelnen Bürger, bei Verletzung seines Eigentums gegen den Täter vorzugehen.

Das römische Recht gab dem Geschädigten zwei Klagen: 1. die condictio furtiva auf Herausgabe der gestohlenen Sache bezw. Schadensersatz; 2. die actio furti auf Strafe, und zwar beim fur manifestus auf das quadruplum, beim fur nec manifestus auf das duplum. Das wesentlichste Tatbestandsmerkmal besteht in dem „lucri faciendi gratia". Mit der Uebersetzung „diebische Absicht" [4]) scheint uns dieser Ausdruck nicht genügend charakterisiert zu sein: Wie verschieden die Auffassungen darüber sind, welcher dolus zur Strafbarkeit des Diebes gehört, wird später noch auszuführen sein. Hälschner [5]) und Merkel [6]) verstehen unter dem animus lucri faciendi eine Bereicherungsabsicht, d. h. die Absicht, sich einen Vermögenswert zu verschaffen. Diese Ansicht beruht auf einer unrichtigen Auslegung des römischen Diebstahlsbegriffes. Gegen sie spricht, daß die Römer manche Fälle als Diebstahl ansahen, in denen der erstrebte Vorteil keine Bereicherung des Vermögens darstellt, z. B. bei der Entführung einer unbescholtenen Sklavin nur zur Befriedigung der Lust. [7]) Lilienthal weist an einzelnen Schriftquellen nach, daß lucrum in sehr weitem Sinne zu verstehen und nicht auf geldwerte Güter zu beschränken sei, sondern jede tatsächliche Besserstellung zum Ausdruck bringe. Mit Harburger und anderen [8]) wird man den Begriff so zu deuten haben, daß damit nichts anderes als die widerrechtliche Absicht der Zueignung zu verstehen ist. M. E. trifft Klien [9]) das Richtige, wenn er den animus lucri faciendi dem animus rem sibi habendi gleichsetzt.

Auch im älteren deutschen Recht wurde der Begriff des Diebstahls als dem Volke bekannt vorausgesetzt und daher nicht gesetzlich festgelegt. Wohl finden wir in den älteren Gesetzbüchern zahlreiche Bestimmungen über das Strafmaß, dessen Höhe sich nach dem Wert der gestohlenen Sache, aber auch nach der Zeit (Tag oder Nacht) und der

---

[4]) Berner S. 522.

[5]) S. 293.

[6]) III S. 624 ff.

[7]) Mommsen S. 741.

[8]) Harburger S. 218, Gebauer S. 19 ff, Sauer S. 300, v. Lilienthal S. 2 ff.

[9]) S. 305.

Art der Tat (mittels Einsteigens, mit Waffen usw.) sowie nach der Beschaffenheit des Ortes (befriedete Orte) richtete. Das Wesen des Diebstahls besteht nach germanischem Recht in der widerrechtlichen heimlichen Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus fremder Gewere in der Absicht, sich diese anzueignen.[10]) Nur die heimliche Wegnahme wurde also als Diebstahl angesehen, während die offene Entwendung als Raub[11]) und das diebische Behalten als Unterschlagung bestraft wurde. In der Trennung der Tatbestände des Diebstahls, des Raubes und der Unterschlagung besteht also ein Unterschied zum römischen Recht. Eine Bereicherungsabsicht verlangt auch das ältere deutsche Recht nicht (vgl. Sachsenspiegel II Art. 28 §§ 1, 2, Art. 48 §§ 1, 4). Im übrigen wurde nach altdeutscher Ansicht nur der Eingriff in fremdes Eigentum, nicht aber die Störung des Besitzrechts und die Gebrauchsanmaßung bestraft. In der Behandlung der Tat unterscheiden sich die beiden Rechtssysteme dadurch, daß in Rom das furtum als Privatdelikt angesehen wurde, während im germanischen Recht der Dieb als Störer der öffentlichen Ordnung eine schwere öffentliche Strafe zu gewärtigen hatte.[12])

Auf dem Boden der deutschrechtlichen Auffassung steht auch die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 (CCC). Eine Erklärung des Diebstahlsbegriffes suchen wir allerdings auch hier vergeblich. Eine Bereicherungsabsicht des Täters wird nicht gefordert. Dem Wert der entwendeten Sache wird nur bei der Höhe der Strafe eine besondere Bedeutung zugemessen. Die Fälle des furtum usus und possessionis bleiben auch hier straflos. Das im älteren deutschen Recht vorhandene Merkmal der Heimlichkeit ist dem Diebstahl nicht mehr wesentlich. Es wird unterschieden zwischen dem heimlichen und öffentlichen Diebstahl,[13]) während der Raub als selbständiger Tatbestand[14]) erscheint. In den Art. 157 bis 175 werden die verschiedenen Begehungsarten ausführlich behandelt, wobei der einfache Diebstahl wieder in den kleinen (an Objekten unter 5 Gulden Wert) und den großen (an Objekten über 5 Gulden Wert) eingeteilt wird. Die Qualifikationen und Privilegierungen entsprechen im allgemeinen den im modernen Strafrecht vorhandenen Tatbeständen.

Während das römische Recht die Unterschlagung dem Begriff des furtum unterordnete, unterscheidet die Carolina die beiden Delikte im Sinne der deutschrechtlichen Anschauungsweise. Art. 170 weist folgende Definition der Unterschlagung auf:

---

[10]) Hälschner, preuß. Strafrecht, S. 397 ff., v. Liszt-Schm. S. 607 ff.

[11]) Gewaltanwendung war nicht erforderlich.

[12]) So bedrohte der Sachsenspiegel (2. Buch, Art. 13) den Diebstahl von 3 Schillingen und mehr und den nächtlichen Diebstahl mit dem Tode: „den dieb sal man hengen".

[13]) Art. 157, 158.

[14]) Art. 126.

> Item wellicher mit eins anndern guttern, die jme jnn gutem glaubenn zu behallten unnd verwaren gegebenn sein, williger unnd geferrlicher weise dem glaubiger zu schadenn handellt: solliche Missennthat jst einem diebstall gleich zu straffenn.

Die Selbständigkeit des Unterschlagungsbegriffes ergibt sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wonach die Tat „einem Diebstahl gleich", nicht aber als Diebstahl zu bestrafen ist. Wenn auch die Fassung des Art. 170 die Ansicht rechtfertigen könnte, nur die Veruntreuung des Depositars sei als Unterschlagung anzusehen, so ging doch von jeher die herrschende Meinung dahin, daß diese Bestimmung auf alle Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, durch welche die Pflicht zurückzugeben oder auszuliefern begründet wird.[15]) Besonders erwähnenswert scheint uns zu sein, daß auch in dieser Definition das Erfordernis einer Bereicherungsabsicht nicht aufgestellt ist.

Die nun folgende Rechtsentwicklung hat an dem überlieferten Diebstahlsbegriff festgehalten. Besonders war es Carpzow, der diesen Gedanken in der Rechtsprechung zum Durchbruch verhalf. Seit dieser Zeit entwickelte sich die Wissenschaft in der Lehre vom Diebstahl auf der Grundlage des deutschen Rechts weiter. Als nun im 18. Jahrhundert die Partikulargesetzgebung einsetzte, tauchte in der Rechtslehre mit Rücksicht auf den mißverstandenen römischen Begriff die Meinung auf, die Bereicherungsabsicht sei wesentliches Tatbestandsmerkmal des Diebstahls. Diese Streitfrage machte eine gesetzliche Definition des Diebstahls- und Unterschlagungstatbestandes notwendig, und so finden wir zum erstenmal im Codex iuris Bavarici von 1757, Teil I, Kap. 2, § 1 eine Festlegung des Diebstahlsbegriffs:

> Da man aus betrüglich- und gewinnsüchtigem Gemüt fremd beweglich Gut, was immer es sein mag, wider Willen des Eigentümers wegnimmt, vorenthaltet oder abnutzet . . .

Unter diesen Tatbestand fällt also auch die Unterschlagung und das furtum usus. Ausdrücklich wird gewinnsüchtige Absicht als Voraussetzung der Bestrafung bezeichnet. Von besonderem Interesse ist, daß nach den Anmerkungen zu dieser Stelle unter Gewinn nicht nur eine Bereicherung, sondern auch jeder immer erdenkliche Vorteil zu verstehen sei.[16])

Das preußische Allgemeine Landrecht folgt ganz der in der Wissenschaft herrschenden Meinung, wenn nach Teil II, Titel 20, § 1108 als Dieb bestraft wird,

> „wer um seines Gewinnes, Vorteils oder Genusses willen eine bewegliche Sache aus dem Besitz eines anderen ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet".

Die Bereicherungsabsicht ist also Voraussetzung der Verurteilung wegen Diebstahls, wenn auch die Bedeutung dieses Erfordernisses

---

[15]) Hälschner, preuß. Strafrecht, S. 415, 496. Feuerbach S. 513.
[16]) Vgl. v. Lilienthal S. 5.

durch die in § 1112 enthaltene Beweisregel, daß bei jeder Entwendung die Absicht, sich einen Vorteil zu verschaffen, vermutet wird, abgeschwächt ist. Wie im römischen Recht wird das furtum possessionis an eigener Sache als Diebstahl angesehen,[17]) und auch die sogenannte Fundunterschlagung wird als Diebstahl bestraft.[18]) Einen allgemeinen Begriff der Unterschlagung kennt das ALR nicht. Nur bestimmte Tatbestände, die die Verletzung eines Vertrauensverhältnisses darstellen,[19]) z. B. die von Bevollmächtigten, Dienstboten, Pfandinhabern und Depositaren begangene Unterschlagung sind unter Strafe gestellt.

In der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts kommt wieder der in der Rechtsprechung von jeher vertretene Gedanke zum Durchbruch. Die Mehrzahl der deutschen Strafgesetzbücher scheidet die Unterschlagung vom Diebstahl, und das furtum possessionis erscheint regelmäßig nicht als strafbarer Tatbestand. Nur in der Frage, ob zur Vollendung des Diebstahls und der Unterschlagung eine Bereicherungsabsicht gehört, sind die Auffassungen geteilt. So bezeichnen Sachsen, Thüringen, Braunschweig, Baden und Hamburg eine Gewinnabsicht im Sinne eines Vermögensvorteils als Zweck des Diebstahls, während Preußen, Bayern, Württemberg, Hannover, Hessen, Oldenburg, Lübeck und Bremen dieses Erfordernis nicht aufstellen.[20]) Von grundlegender Bedeutung für die Gestaltung der in Rede stehenden Tatbestände im geltenden Recht ist die Entwicklung des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1851. Bei den Beratungen über das StGB wurde die Frage, ob die Bereicherungsabsicht ein wesentliches Kriterium des Diebstahls sei, eingehend behandelt.[21]) Während die älteren Vorentwürfe von 1830 („eines unrechtmäßigen Vorteils wegen") und 1836 („in der Absicht, sich oder einem Dritten einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen"[22])) dieses Erfordernis noch aufstellen, ist es in den späteren Entwürfen von 1843 und 1847 und in der endgültigen Fassung weggelassen. Der Diebstahl wird in § 215 so definiert:

> „Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen."

Die Unterschlagung erscheint als selbständiges Delikt und ist nur dadurch äußerlich mit dem Diebstahl verbunden, daß die beiden Tatbestände unter einem gemeinsamen (18.) Titel zusammengefaßt sind. Sie wird in § 225 definiert als die Veräußerung, Verpfändung, den Verbrauch oder das Beiseiteschaffen von anvertrautem fremdem Eigentum, ist also zunächst wie im ALR auf den Bruch eines Vertrauensverhält-

---

[17]) II 20 § 1110.
[18]) II 20 § 1132, I 9 § 73.
[19]) II 20 § 1347, 1350 f., 1353 f., 1366, 1367.
[20]) Vgl. die Zusammenstellung bei v. Lilienthal S. 8.
[21]) v. Lilienthal S. 10, Goltdammers Materialien II S. 464 f.
[22]) Beseler S. 407.

nisses beschränkt. Auf Grund der Vorschrift des § 226, wonach es der Unterschlagung gleichgestellt wird, wenn die Tat an einer fremden Sache begangen wird, die durch Finden oder durch Zufall in den Gewahrsam des Täters gelangt ist, umfaßt dieser Begriff jedoch im wesentlichen alle Fälle, die auch nach geltendem Recht als Unterschlagung anzusehen sind. Das preußische StGB hat also die Bereicherungsabsicht nicht in den Tatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung aufgenommen. Zwar scheinen die Redaktoren des Gesetzes der Ansicht gewesen zu sein, die gewinnsüchtige Absicht brauche nicht besonders aufgeführt zu werden, da sie sich bei der Absicht der Zueignung der Sache von selbst verstehe, also zu unterstellen sei.[23]) Auch wollte man durch die Nichtaufnahme dieses an sich als wesentlich betrachteten Moments Beweisschwierigkeiten vermeiden.[24]) Die Ansicht, daß die Bereicherungsabsicht von der Zueignungsabsicht umfaßt werde, ist indessen von der Praxis des Oberappellationsgerichts in ständiger Rechtsprechung nicht gebilligt worden, und auch das zunächst den entgegengesetzten Standpunkt vertretende Obertribunal hat seit der Plenarentscheidung vom 3. Juli 1869 die Legaldefinition des Diebstahls und der Unterschlagung so ausgelegt, daß eine über die Absicht der rechtswidrigen Zueignung hinausgehende gewinnsüchtige Absicht nicht erforderlich sei. Das StGB für den Norddeutschen Bund von 1870 hat die fraglichen Tatbestände in Anlehnung an das preußische StGB behandelt, und auch das geltende Reichsstrafgesetzbuch von 1871 stimmt fast wörtlich mit diesen Bestimmungen überein.

---

[23]) Goltdammers Materialien II S. 465, Hälschner S. 442.
[24]) Beseler S. 409 ff. Goltdammers Materialien II S. 464.

Zweites Kapitel.

Der einfache Diebstahl (§ 242 StGB).

§ 2.

Der Begriff.

Die Verfasser des Strafgesetzbuchs haben davon abgesehen, die einzelnen Tatbestände systematisch zusammenzufassen. Eine solche Einteilung würde auch auf große Schwierigkeiten stoßen: Gibt es doch nicht wenige Delikte, deren Einordnung in eine bestimmte Gruppe nicht möglich ist, so daß also etwa ein Kapitel „Sonstige Tatbestände" geschaffen werden müßte. Andere Delikte würden systematisch gerade so gut in die eine Klasse wie in die andere eingereiht werden können. Auf Grund dieser Erwägung ist der von dem geltenden Recht gewählten Einteilung der Vorzug zu geben. Ein Blick auf das Inhaltsverzeichnis des StGB zeigt, daß unter dem „Zweiten Teil", der „Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und deren Be-

strafung" handelt, die einzelnen Delikte und ihre verschiedenen Erscheinungsarten in 29 Abschnitten aneinandergefügt sind. Die Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung, die uns interessieren, sind im 19. Abschnitt geregelt.

Der Begriff des einfachen Diebstahls erhält de lege lata seine Definition in § 242 StGB, der folgenden Wortlaut hat:

„Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.
Der Versuch ist strafbar."

Dieser Bestimmung seien die entsprechenden Vorschriften der neueren Strafgesetzentwürfe gegenübergestellt:

E. 1919:

§ 359: Wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

E. 1925:

§ 296: Wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

E. 1927:

§ 328: Wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

An dem Diebstahlsbegriff des E. 27 hat der Strafrechtsausschuß des Reichstags bei seinen Beratungen im Januar 1930 nichts geändert.

Von diesen Grundtatbeständen ausgehend soll nunmehr in die Untersuchung der einzelnen Begriffselemente des Diebstahls eingetreten werden. Dabei können die dem geltenden Recht und den Entwürfen gemeinsamen Tatbestandsmerkmale verhältnismäßig kurz behandelt werden, da hierzu kaum etwas Neues zu sagen sein dürfte.

§ 3.

Der objektive Tatbestand.

Objekt des Diebstahls ist eine fremde bewegliche Sache. Für die Bedeutung des Wortes „Sache" ist nicht das Zivilrecht (§ 90 BGB) maßgebend; es handelt sich vielmehr um einen selbständigen strafrechtlichen Begriff.[1]) Im Strafrecht versteht man darunter jeden selbständigen körperlichen, d. h. raumerfüllenden Gegenstand. Daher können auch flüssige und gasförmige Körper, soweit sie beherrschbar sind, gestohlen werden, z. B. Gas in einer Rohrleitung oder Wasser in

[1]) Harburger S. 189; a. A. Krebs S. 65.

einem Teich.[2]) Dagegen kommen als Gegenstand des Diebstahls nicht in Frage Naturkräfte, Rechte und der lebende Mensch. Auch die Elektrizität wird wegen ihrer mangelnden Körperlichkeit nicht als Sache im Sinne des § 242 StGB betrachtet. Da das Reichsgericht diese Ansicht schon in den Jahren 1896 und 1899[3]) vertreten hatte, blieb, um auch die Entwendung elektrischer Energie bestrafen zu können, kein anderer Ausweg, als ein besonderes Gesetz zu schaffen, das am 9. 4. 1900 erging (Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, RGBl. S. 228). Auf die bekannten Schwächen dieses „Gelegenheitsgesetzes“[4]) kann hier nicht eingegangen werden. Es soll nur untersucht werden, ob nicht eine Aufnahme dieses Tatbestandes in das künftige StGB zu empfehlen wäre. Dagegen sprechen aber gewichtige Bedenken, so empfehlenswert auch an sich eine Zusammenfassung aller reichsstrafrechtlichen Vorschriften in einem Gesetzbuch wäre. Die Elektrizität ist ein Gebiet, über dessen stoffliche Eigenschaft noch keine volle Klarheit besteht, und das in künftigen Zeiten eine andere Bedeutung gewinnen kann, als es heute hat. Technische Fortschritte und die auf ihnen beruhende Möglichkeit anderer Verwertung der elektrischen Energie würden eine fortlaufende Aenderung der fraglichen Bestimmungen erforderlich machen, die aber in einem Spezialgesetz leichter und weniger störend vorgenommen werden können als in einem für die Dauer berechneten StGB. Auch könnten wissenschaftliche Forschungen eine Erweiterung der Strafbestimmungen auf andere Kräfte notwendig machen, die sich in ein Sondergesetz wesentlich einfacher einarbeiten lassen. Der wichtigste Grund, der gegen eine Ausdehnung des Diebstahlbegriffs auf die Elektrizität spricht, ist der, daß die übrigen Tatbestandsmerkmale des Diebstahls, die auf körperliche Sachen zugeschnitten sind, sich nur gezwungen auf die elektrische Energie übertragen ließen.[5]) So enthielt denn auch nur der VE eine Vorschrift, wonach als bewegliche Sache auch die in einer elektrischen Anlage oder Einrichtung enthaltene Energie anzusehen sei.[6]) Diese Lösung wurde indes von den neueren Entwürfen als nicht glücklich abgelehnt, und dieser Auffassung ist aus den angegebenen Gründen beizustimmen.

Auf die Frage, ob die Sache Geldwert haben müsse, um geeignetes Objekt eines Diebstahls zu sein, wird unten einzugehen sein.

Gestohlen werden können nur bewegliche Sachen. Es genügt aber, daß diese Eigenschaft erst durch den Diebstahl (z. B. durch Trennung von einer unbeweglichen Sache) bewirkt wird. Um auch gewisse

---

[2]) E. 11, 117; 14, 121.

[3]) E. 29, 111; 32, 165, 178 ff.

[4]) Hegler X S. 285.

[5]) Vgl. Denkschr. zu E. 19 S. 301 f., Begr. zu E. 25 S. 151, E. 27 S. 164.

[6]) § 12 Nr. 5.

Operationen an unbeweglichen Sachen strafrechtlich erfassen zu können, werden die Fälle der Grenzverrückung und der Grundstücksverringerung in besonderen Bestimmungen behandelt (§§ 274 Nr. 2, 370 Nr. 1 StGB bezw. §§ 214, 409 Abs. 1 E. 27).

Die Sache muß ferner für den Täter eine „fremde" sein, d. h. sie muß im Eigentum eines anderen stehen. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist im Gegensatz zu dem Begriff „Sache" lediglich nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen. Ein Diebstahl kann demnach nicht begangen werden an den im Eigentum des Täters stehenden und an herrenlosen Sachen. Dagegen kann sich der Miteigentümer an der ihm nicht ausschließlich gehörenden Sache eines Diebstahls schuldig machen: Denn insoweit sein ideeller Anteil nicht reicht, ist sie für ihn eine fremde.

Zum Tatbestand des Diebstahls gehört ferner, daß die Sache aus dem Gewahrsam eines anderen entwendet wurde. Das Erfordernis des „Gewahrsams" stellen zwar weder das StGB noch die neueren Entwürfe ausdrücklich auf; es folgt aber daraus, daß die Sache einem anderen weggenommen werden muß. Wie die Motive zum preußischen Strafgesetzbuch ergeben, ist der Ausdruck „Gewahrsam" bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitz mit Absicht nicht in die Legaldefinition aufgenommen worden.[7]) Nur der VE gebrauchte in § 269 die Formulierung: „Wer . . . aus dem Gewahrsam eines anderen wegnimmt". Der Vorschlag Harburgers,[8]) diesen Begriff in das künftige StGB aufzunehmen, ist als unbegründet abzulehnen: Als bloßes Tatbestandsmerkmal ist er anerkanntermaßen überflüssig, und auch als durchschlagendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Diebstahl und Unterschlagung ist seine Festlegung in Diebstahlsparagraphen nicht mehr nötig, nachdem der E. 27 den Unterschlagungstatbestand hinreichend deutlich formuliert hat.[9]) Im übrigen ist sich Wissenschaft und Praxis darüber einig, daß der Begriff des Gewahrsams nicht mit dem bürgerlich-rechtlichen Besitz übereinstimmt, sondern im besondern strafrechtlichen Sinne auszulegen ist. Das Reichsgericht versteht darunter ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache, also die Möglichkeit, unter Ausschluß anderer auf die Sache einzuwirken und über sie frei zu verfügen.[10]) Die verschiedenen Meinungen, die sich mit der Untersuchung des Umfangs des Gewahrsamsbegriffs befassen, können im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden. Sie werden auch in künftigen Zeiten nicht verstummen, da eine gesetzliche Festlegung dieses Begriffs undurchführbar erscheint.

Des weiteren erfordert der Diebstahlsbegriff eine Wegnahmehandlung. Diese ist sinngemäß und auch unbestritten nur dann gegeben,

---

[7]) Goltdammers Materialien II S. 459.

[8]) S. 366 Nr. 4.

[9]) Vergl. unten.

[10]) E. 23, 71; 54, 343; 55, 220; 56, 207; RG in Goltd. Arch. 54, 78.

wenn — im Gegensatz zur Unterschlagung — die Sache vor Beginn der strafbaren Handlung nicht im Gewahrsam des Täters, sondern im Gewahrsam eines anderen, sei es dem des Eigentümers, sei es dem eines Dritten, gestanden hat. Sie bedeutet die Aufhebung des fremden und Begründung eines anderen Gewahrsams. Dabei ist es, wenn dies auch den Regelfall bildet, doch nicht nötig, daß die Sache gerade in den eignen Gewahrsam des Täters gebracht wird. Es genügt vielmehr, daß durch die Tätigkeit des Diebes eine Veränderung des bisherigen Gewahrsamsverhältnisses eingetreten ist, so daß auch die Wegnahme einer Sache durch einen gutgläubigen Dritten auf Veranlassung des Täters einen Diebstahl darstellt.[11]) Da demnach zum Begriff der Wegnahme gehört, daß der Täter den fremden Gewahrsam bricht und einen anderen an dessen Stelle treten läßt, liegt sowohl dem geltenden Recht als auch den Entwürfen die Apprehensionstheorie zu Grunde. Wann der Diebstahl im einzelnen Falle vollendet ist, ist im wesentlichen Tatfrage.

[11]) So heute die herrschende Meinung: Frank § 242 VI 2, Olshausen § 242 Nr. 24b, Harburger S. 207, Merkel S. 643, E. 47, 147; 48, 58. Anderer Auffassung u. a. v. Liszt-Schm. § 127 IV, der in diesem Falle Betrug annimmt.

§ 4.

Der subjektive Tatbestand.

Aus der Gegenüberstellung der Tatbestände des StGB und der E. 25 und 27 ergibt sich ohne weiteres, daß diese Entwürfe den Diebstahlsbegriff nach der inneren Tatseite wesentlich verändern. Darin liegt der bedeutendste Unterschied zwischen der geltenden und der künftigen Regelung. Während nach dem StGB die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung als Diebstahl anzusehen ist, verlangen die E. 25 und 27 als neue Tatbestandsvoraussetzung die Absicht des Täters, „sich durch Zueignung der Sache zu bereichern". Diese über die Absicht rechtswidriger Zueignung hinausgehende Bereicherungsabsicht bedeutet eine wesentliche Einengung des heute geltenden Diebstahlsbegriffs. Zur Beantwortung der Frage, ob diese Neuregelung zu begrüßen ist oder nicht, muß von dem Standpunkt des StGB ausgegangen werden.

Von jeher war der Begriff der Zueignungsabsicht sehr umstritten. Was man darunter zu verstehen hat, hängt davon ab, ob der Diebstahl als Eigentums- oder als Vermögensdelikt aufzufassen ist, m. a. W. ob das Gesetz jeder Störung der Eigentumsordnung entgegentreten oder nur das geldwerte Vermögen schützen will.

Die Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie[1]) verstehen unter Zueignung „die Anmaßung einer eigentumsgleichen Herrschaft über eine fremde Sache". Nach dieser Ansicht bezweckt die genannte Bestim

[1]) Ullmann, Binding, Merkel, v. Liszt, Gebauer, Hegler.

nung den Schutz des formalen Eigentumsrechts, ohne daß eine Vermögensbeschädigung bezw. eine Bereicherung auf Seiten des Täters einzutreten braucht. Aufgabe der Strafrechtspflege ist es, die Rechtssphäre zu wahren und zu schützen, die sich der einzelne Bürger geschaffen hat, und die der Staat nicht ungeahndet verletzen lassen darf, ohne seine eigene Rechtsordnung in Frage zu stellen. Der Zweck der Aneignung ist für den Zueignungsbegriff bedeutungslos. Die bloße Tatsache der Wegnahme einer fremden Sache in der Absicht, diese dem bisherigen Machthaber zu enteignen und sie sich selbst anzueignen, genügt zur Bestrafung wegen Diebstahls, vorausgesetzt, daß die übrigen Tatbestandsmerkmale gegeben sind.

Demgegenüber nehmen die Vertreter der Vermögensdeliktstheorie[2]) an, Schutzobjekt des Diebstahls sei das Vermögen als Inbegriff von geldwerten Gütern. Nur dann kann ihrer Meinung nach wegen Diebstahls bestraft werden, wenn die Diebssache einen in Geld schätzbaren Tausch- oder Handelswert hat, nicht also, wenn es sich um objektiv wertlose Gegenstände handelt.

Zwischen beiden Theorien vermitteln die Anhänger der materialistischen Auffassung.[3]) Sie verlangen keinen Geldwert der Sache, andererseits sehen sie die Wegnahme völlig wertloser Sachen nicht als Diebstahl an. Nach ihrer Ansicht ist der subjektive Wert einer Sache entscheidend dafür, ob sie strafrechtlichen Schutz genießt oder nicht. Besitzt also jemand einen objektiv wertlosen Gegenstand, der ihm aus irgendeinem Grunde wertvoll ist, so ist daran ein Diebstahl möglich.

Das Reichsgericht, das sich früher[4]) auf den Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie gestellt hatte, vertritt in neueren Entscheidungen die materialistische Auffassung.[5]) Es geht ebenfalls von dem subjektiven Wertbegriff aus. Vor allem kommt es an auf die Gewinnung der Sache ihrem W e r t e, nicht ihrer S u b s t a n z nach. Das Wesen der Zueignung besteht also in dem Willen des Täters, die fremde Sache ihrem Sachwert nach für sich auszunutzen und sie in diesem Sinne zu seinem eigenen Vorteil zu verwerten.[6])

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die verschiedenen im einzelnen stark von einander abweichenden Meinungen dieser Theorien zusammenzustellen.[7]) Für uns handelt es sich vielmehr darum, zu prüfen, ob das geltende Recht nur den Diebstahl an geldwerten bezw. affektionswerten oder auch den an ganz wertlosen Sachen als strafwürdig ansieht, insbesondere, ob der Diebstahl ein Eigentums- oder Vermögensdelikt ist.

---

[2]) Dörr S. 81 ff., 125 ff.; John S. 245 ff.

[3]) Frank § 242 VII 2a; Olshausen § 242 Nr. 29; Sauer S. 284 ff.; Krebs S. 23 ff., 45 ff., wohl auch Harburger S. 212, 216.

[4]) E. 10, 369; 24, 22; 25, 172 u. a.

[5]) E. 40, 10; 49, 140, 405; 57, 199; 61, 228; RG in JW 1931 S. 804.

[6]) E. 57, 199.

[7]) Näheres darüber s. bei Bruns.

Suchen wir zunächst wie bei jeder Ausdeutung gesetzlicher Begriffe aus dem Wortlaut der Bestimmung eine Antwort auf die Frage zu finden, so ist festzustellen, daß kein Wort in § 242 StGB zu der Ansicht veranlassen kann, das geltende Recht lasse nur Sachen von Geldwert als Angriffsobjekte gelten. Will man aber, was an sich nicht unzulässig ist, ein nicht im Gesetzestext enthaltenes Begriffsmerkmal hineininterpretieren, so können nur in Wissenschaft und Praxis als stichhaltig anerkannte Argumente eine solche Ergänzung berechtigt erscheinen lassen. Die Anhänger der Vermögensdeliktstheorie berufen sich nun auf die Entstehungsgeschichte des Tatbestandes. Ist schon an sich bei der Heranziehung der Motive eines Gesetzes als Rechtfertigungsgrund für eine Ansicht große Vorsicht am Platze, da sie häufig die persönliche Meinung der Verfasser und nicht immer den Willen der Gesetzgeber dartun, so enthalten sie vorliegendenfalls für diese Meinung m. E. gar keine Anhaltspunkte. Eher spricht es für die Eigentumsdeliktsqualität des Diebstahls, wenn es in den Motiven zum Entwurf vom Dezember 1869[8]) u. a. heißt: „Allerdings werden die meisten Diebstähle in gewinnsüchtiger Absicht begangen, aber letztere ist deshalb kein allenthalben zutreffendes Moment .... Das deutsche Recht hat in dem Motiv des Diebes, wie es in den meisten Fällen vorkommt (dem animus lucri[9])), nur ein Moment für die sittliche und rechtliche Würdigung des Diebstahls gefunden, ohne daß jedoch hierdurch über den rechtlichen Charakter der übrigen hierher gehörigen Fälle, in denen dieses Motiv nicht zu Tage tritt, entschieden worden wäre". „Um Mißverständnissen vorzubeugen", wurde das Erfordernis einer über die Absicht rechtswidriger Zueignung hinausgehenden gewinnsüchtigen Absicht dann in den fraglichen Tatbestand nicht aufgenommen. Aus der absichtlichen Weglassung dieses Merkmals darf man wohl folgern, daß das Gesetz in erster Linie den Schutz des formalen Eigentums bezweckt und eine „gewinnsüchtige Absicht" nicht unbedingt zum dolus des Diebes gehört.[10]) Es sei aber nochmals betont, daß es häufig bedenklich ist, sich bei der Auslegung einer Gesetzesstelle auf die Entstehungsgeschichte zu berufen, und darum soll auf diese Beweisführung kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.

Die Vertreter der Vermögensdeliktstheorie, insbesondere Dörr,[11]) führen zum Beweis für ihre Ansicht, daß nach dem StGB nur geldwerte Sachen Strafschutz genießen, den Wortlaut des § 247 StGB an. Danach wird bestraft, wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnis steht oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt.

---

[8]) Abgedruckt bei Merkel S. 629 ff.

[9]) Was nach der Ansicht der Redaktoren der Motive offensichtlich mit „Bereicherungsabsicht" zu übersetzen ist.

[10]) So auch Olshausen Nr. 35.

[11]) S. 156 ff.; ebenso Hälschner S. 302.

Aus der Wendung „Sachen von unbedeutendem Werte" wird entnommen, daß eine Bestrafung wegen Diebstahls immer einen Sachwert, mithin eine Vermögensbeschädigung voraussetze. Diese Beweisführung scheint mir nicht zwingend zu sein. Durch diese Bestimmung sollen doch nur die Fälle, in denen eine gewisse nähere Beziehung zwischen dem Täter und dem Verletzten besteht und nur unbedeutende Sachen entwendet werden, zunächst von der allgemeinen Strafvorschrift ausgeschlossen werden, indem eine Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft nur auf Grund eines Strafantrags zulässig ist. Der Grund dafür, daß das Gesetz hier eine mildere Behandlung Platz greifen läßt, ist also außer dem persönlichen Verhältnis der geringe Wert der gestohlenen Sache. Daraus läßt sich folgern, daß das Gesetz nur eine Grenze nach oben, nicht aber nach unten aufstellen wollte. Eine ziffernmäßige Abgrenzung nach unten wird auch schwerlich möglich sein, und ich halte dafür, daß im Sinne dieses Paragraphen als Sachen von unbedeutendem Werte auch wertlose Sachen anzusehen sind. Die Tatsache, daß in § 242 StGB ein bestimmtes Werterfordernis nicht aufgestellt ist, spricht sogar dafür, daß es im allgemeinen auf Wert oder Unwert der Sache nicht ankommt. Hiernach muß diese Beweisführung als gescheitert angesehen werden.

Um die Richtigkeit ihrer Lehre nachzuweisen, berufen sich die Vertreter der Vermögensdeliktstheorie [12]) weiterhin auf das Rechtsempfinden des Volkes. Man sagt, es widerspreche der allgemeinen Volksanschauung, als Dieb denjenigen zu bestrafen, der wertlose Sachen oder Sachen von bloßem Affektionswert entwendet. Nur der könne als Dieb bezeichnet werden, der aus Gewinnsucht etwas wegnehme. Von jeher sehe das Volk nur die Tat als Diebstahl an, bei der das charakteristische Moment des Diebstahls vorliege, nämlich die Absicht, sich durch Zueignung von Sachen unrechtmäßig zu bereichern. Abgesehen davon, daß auch die Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie [13]) zur Stützung ihrer Ansicht dieses Argument heranziehen, dürfte dieser unbestimmte und unjuristische Begriff zur Beweisführung untauglich sein. [14]) Will man aber doch das Volksempfinden als Beweismittel heranziehen, so muß es zum mindesten als sehr zweifelhaft erscheinen, ob das Volk die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl voraussetzt und die Fälle, in denen sie nicht vorliegt, ausscheidet. Es würde auch in der Praxis zu großen Schwierigkeiten führen und einer einheitlichen Rechtsprechung wenig förderlich sein, wollte man es im Einzelfall dem Richter überlassen, Ermittlungen darüber anzustellen, ob das Volksbewußtsein einen Tatbestand als Diebstahl ansieht oder nicht. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, bei denen die Entwendung einer objektiv wertlosen Sache jedem billig und gerecht denkenden Menschen als Diebstahl erscheint. Indes ist

[12]) Hälschner S. 294, Merkel III S. 661, v. Lilienthal S. 21/22.
[13]) Z. B. Gebauer S. 56/57, Schäfer S. 74, v. Staff S. 849.
[14]) So auch Mannheim S. 340.

die Berufung auf das Volksempfinden überhaupt kein wertvolles Beweismittel.

Die in § 242 StGB enthaltene klare und deutliche Begriffsbestimmung ist also, wie schon gesagt, in erster Linie geeignet, die Vermögensdeliktstheorie abzulehnen. Es widerspricht aber auch dem Wesen unseres geltenden Rechts, gewisse — wenn auch praktisch seltene — Fälle von Eigentumsstörungen straffrei zu lassen: Das Eigentum ist die Grundlage unserer Gesellschaftsordnung überhaupt, und die Reichsverfassung läßt ihm in Art. 153 ihren besonderen Schutz angedeihen. Daraus ergibt sich für den Gesetzgeber die Verpflichtung, das gesamte Eigentum als solches vor unberechtigten Eingriffen zu schützen und nicht etwa gewisse Sachen von dem Strafschutz auszunehmen. Es würde eine Gefährdung der Rechtssicherheit bedeuten, wenn man für die Entscheidung der Frage, ob einen Täter die Strafe des Diebstahls treffen muß, auf den Vermögenswert oder -unwert der entwendeten Sache abstellen wollte. M. E. entspricht es der ratio legis am ehesten, jede in der Wegnahme einer fremden Sache liegende Verletzung fremden Eigentums und Störung der alleinigen Verfügungsmacht des Berechtigten als Diebstahl zu charakterisieren, mag es sich um ein geldwertes Gut handeln oder nicht. Durch den unberechtigten Eingriff in ein fremdes Recht legt der Täter eine asoziale Gesinnung an den Tag, die unbedingt durch eine Strafe, und zwar die des Diebstahls, gesühnt werden muß. Diese Ansicht führt auch in der Praxis nicht zu Unbilligkeiten: Wie die alltäglichen Erkenntnisse unserer Gerichte zeigen, wird auf den größeren oder geringeren Wert der entwendeten Sache bei der Strafzumessung in weitgehendem Maße Rücksicht genommen.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß der Diebstahl in unserem geltenden Recht nicht Bereicherungsvergehen, sondern Eigentumsdelikt ist, das weder Vermögensbeschädigung noch Bereicherung voraussetzt.

Es wird nun weiter zu untersuchen sein, welche Erfordernisse die Entwürfe, insbesondere der E. 27, in subjektiver Hinsicht bei dem Diebstahlstatbestand aufstellen.

Der VE von 1909 hatte gegenüber dem geltenden Recht keine Aenderung des Diebstahlstatbestandes vorgesehen. Zwar war bei den Beratungen die Frage aufgerollt worden, ob die Bereicherungsabsicht zum Diebstahlsbegriff gehöre. Die Aufnahme dieses Moments in den Tatbestand wurde jedoch abgelehnt, da einer Aenderung des bestehenden Rechtszustandes sehr wichtige Bedenken entgegenstanden. Diese Bedenken werden in der Begründung [15]) an Hand einzelner Fälle aufgezeigt. Danach kann kein Zweifel bestehen, daß der VE eindeutig auf dem Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie steht.

Anders der GE von 1911. In ihm erscheint erstmalig die Bereicherungsabsicht als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls. Diese Forderung

[15]) S. 732 f.

wird begründet mit der Rechtsanschauung des Volkes, das als Dieb nur den betrachte, der sich durch die Wegnahme einer fremden Sache einen Gewinn verschaffen wolle.[16]) Um aber gewisse Fälle, bei denen diese Absicht nicht vorhanden sei, die nach der natürlichen Vorstellung aber doch strafwürdig seien, strafrechtlich erfassen zu können, schuf der GE einen besonderen Tatbestand der „eigenmächtigen Zueignung" (§ 300), in dem die Bereicherungsabsicht nicht verlangt wurde. Ueber die Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung wird noch bei der Behandlung des E. 27 zu sprechen sein. Im Gegensatz zum GE haben die nun folgenden Entwürfe von 1913 (§ 355) und 1919 (§ 359) die Bereicherungsabsicht nicht in den Tatbestand des Diebstahls aufgenommen. Zur Begründung dieses Standpunktes heißt es in der Denkschrift zum E. 19[17]) ausdrücklich, daß nicht anerkannt werden könne, daß die allgemeine Rechtsanschauung nur da von einem Diebstahl spreche, wo eine Bereicherungsabsicht vorliege. Erst die Entwürfe von 1925 (§ 296) und von 1927 (§ 328) haben die Bereicherungsabsicht wieder zum wesentlichen Tatbestandsmerkmal des Diebstahls erhoben, und zwar beide aus denselben Gründen, deren Berechtigung nunmehr nachgeprüft werden soll.

Was zunächst den Begriff Bereicherung angeht, so dürfte dieser klar sein. Nachdem der E. 27 sich auf den oben besprochenen Standpunkt der Vermögensdeliktstheorie gestellt hat, ist ein Diebstahl an einer Sache ohne Geldwert nicht mehr möglich: Denn bereichern kann ich mich nur an einer vermögenswerten Sache. Auch eine Sache von bloßem Individualinteresse fällt nicht mehr unter den Diebstahlsparagraphen. Daß diese Auslegung nicht nur dem üblichen Sprachgebrauch, sondern auch der gesetzestechnischen Ausdrucksweise entspricht, lehrt ein Blick auf das StGB: Will das Gesetz auch einen nicht materiellen Gewinn als zum Tatbestand gehörend rechnen, so spricht es nur von einem Vorteil;[18]) ist aber ein Vermögensvorteil gemeint, so wird das besonders zum Ausdruck gebracht.[19]) Der Bereicherungsbegriff ist demnach lediglich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Ueber die Gründe der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Tatbestand des Diebstahls sagt der Entwurf folgendes: „. . . In der weitaus größten Zahl der Fälle ergibt sich diese Absicht zwar ohne weiteres daraus, daß der Täter die Sache wegnimmt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen; es ist indessen nicht notwendig, daß die Absicht der Zueignung auch die Absicht der Bereicherung in sich schließt. Wer z. B. Briefe, von denen er eine Bloßstellung fürchtet, aus fremdem Gewahrsam wegnimmt, will zwar die Briefe sich zueignen, er will sich aber nicht dadurch bereichern; ebenso fehlt es an

[16]) S. 274.
[17]) S. 302 f.
[18]) Vergl. §§ 257—259 StGB.
[19]) Vergl. § 263 StGB.

der Bereicherungsabsicht, wenn jemand eine Sache eigenmächtig wegnimmt, dafür aber einen ihrem Wert entsprechenden Geldbetrag zurückläßt. Fälle dieser Art mußten bisher als Diebstahl bestraft werden, obwohl hier gerade das fehlt, worin für die natürliche Vorstellung das Typische eines Diebstahls liegt. Der Entwurf scheidet, dem österreichischen Rechte folgend, diese Fälle aus der Strafvorschrift gegen den Diebstahl dadurch aus, daß er zur Bestrafung wegen Diebstahls statt der Absicht der rechtswidrigen Zueignung die Absicht fordert, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern . . ."

Diese dürftige Begründung kann nicht überzeugen. Wenn der Gesetzgeber von dem in 60 Jahren bewährten Diebstahlsbegriff, für dessen Aenderung sich in all den Jahrzehnten kein Bedürfnis herausgestellt hat, abweichen wollte, so hätte er schon stichhaltigere Argumente beibringen müssen. Zunächst beruft sich der E., wie schon früher die Anhänger der Vermögensdeliktstheorie, auf die allgemeine Volksüberzeugung. Welchen Wert dieser Grund für die Beweisführung hat, wurde schon oben hervorgehoben. Es muß aber auch bestritten werden, daß die beispielsweise aufgeführten Fälle vom Volke nicht als Diebstahl angesehen werden. Der Standpunkt des E. führt zu der Folgerung, daß der Arme, der vielleicht Sachen im Werte von wenigen Pfennigen entwendet, zum Dieb gestempelt wird, während den Millionär, der ohne Bereicherungsabsicht widerrechtlich Liebhaberwerte wegnimmt, die Strafe des Diebstahls nicht treffen würde. Eine solche Bevorzugung Vermögender würde dem Volksbewußtsein widersprechen. Die Gesinnung beider Täter ist dieselbe, eher noch wird die Handlung des Reichen für ehrloser angesehen, und daher verdient er keine mildere Beurteilung.

Von den Vertretern der Vermögensdeliktstheorie[20]) werden meist folgende drei Gruppen von Fällen genannt, die nach geltendem Recht als Diebstahl bestraft werden, deren Bestrafung aber zu unbilligen Ergebnissen führen soll, was durch Einführung der Bereicherungsabsicht vermieden werde:

1. Die Entwendung einer objektiv völlig wertlosen Sache;
2. Die Entwendung einer Sache gegen Zurücklassung ihres Wertes: Eigenmächtiger Tausch;
3. Die Entwendung einer Sache mit Rücksicht auf ein nicht den Gegenstand des Delikts selbst bildendes Forderungsrecht: Unerlaubte Selbsthilfe.

Nach meiner Ansicht sind die aufgezählten Fälle grundsätzlich strafwürdig. Bei den objektiv wertlosen Sachen handelt es sich häufig um Gegenstände, die gerade für den Eigentümer von unschätzbarem Wert sind, wie z. B. Urkunden, Andenken an Verstorbene, Familienbilder, Handschriften, Briefe. Wollte unsere Rechtsordnung Sachen von oft hohem Affektionsinteresse in geringerem Maße ihren Schutz ge-

[20]) Vergl. z. B. v. Lilienthal S. 21 ff., Merkel S. 658 ff.

währen als z. B. einem Pfennigstück, so würde sie den heutigen kulturellen Anschauungen wenig entsprechen.[21]) Es ist aber auch zu bedenken, daß der Täter durch seine Handlung die bestehende Eigentumsordnung mißachtet, die ihm die unberechtigte Wegnahme jeder Sache aus dem Verfügungsbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung verbietet. Die volle Sicherheit des Eigentumsrechts ist nur dann gewährleistet, wenn der Staat jede unberechtigte Aneignung fremder Gegenstände ahndet, ohne auf die Qualität des Objektes abzustellen und Gegenstände von Geldwert einen stärkeren Schutz zu gewähren. Die Wertlosigkeit einer Sache gibt niemandem das Recht zu ihrer Wegnahme, und daher ist es billig, jede Auflehnung gegen das Eigentumsrecht mit Namen und Strafe des Diebstahls zu brandmarken. Wenn Dörr[22]) behauptet, an einer Bestrafung der Entwendung von Sachen ohne Geldwert habe die Allgemeinheit kein Interesse, so ist das unrichtig: Die Strafe hat auch in diesen Fällen den Zweck, das staatliche Ansehen aufrechtzuerhalten, und daran ist die Allgemeinheit interessiert. Unter der Herrschaft des geltenden Rechts, das zweifellos die Entwendung wertloser Sachen als Diebstahl ansieht,[23]) sind m. W. in der Praxis keine unbefriedigenden Entscheidungen gefällt worden. Sollte im Einzelfalle der Täter geglaubt haben, der Eigentümer werde mit Rücksicht auf die vorhandene Wertlosigkeit gegen Wegnahme und Zueignung nichts einzuwenden haben, vielmehr damit einverstanden sein, so wird sich auf Grund des fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit die Straflosigkeit des Täters ergeben. Dadurch wird die Bestrafung von „Strohhalmaffären", etwa der Entwendung eines Stückes Papier oder einiger Streichhölzer, verhindert. Ist dieses Bewußtsein dagegen vorhanden — wobei dolus eventualis genügt[24]) — so müßte an sich Bestrafung wegen Diebstahls eintreten. In diesen Fällen ermöglicht § 153 StPO, von einer Strafe abzusehen. Voraussetzung ist allerdings, daß die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, was man indes bei der Entwendung wertloser Sachen meist wird annehmen können. Zu all diesen Gründen kommt nicht zuletzt, daß durch den weiten Strafrahmen des § 242 StGB die Möglichkeit gegeben ist, die Motive und die sämtlichen Umstände der Tat gebührend zu berücksichtigen. Damit ist aber auch der Gefahr, daß mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes unbillige Urteile gefällt werden, in ausreichendem Maße vorgebeugt, und es ist daher nicht einzusehen, inwiefern der seltene Fall

---

[21]) Sauer S. 299 f.

[22]) S. 132.

[23]) Vgl. auch E. 50, 255: Der Umstand, daß die entwendeten noch nicht fertiggestellten Gutscheine wertlos gewesen sein mögen, entzog ihnen nicht die rechtliche Eigenschaft fremder beweglicher Sachen im Sinne des § 242 StGB.

[24]) E. 49, 140.

einer Entwendung wertloser Sachen die Einführung der Bereicherungsabsicht rechtfertigen soll.

Noch weniger kann eine Bestrafung dann für ungerecht angesehen werden, wenn jemand einen fremden Gegenstand wegnimmt gegen Zurücklassung seines Wertes. Hier muß dasselbe gelten, was schon oben ausgeführt wurde: Jeder Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen muß bestraft werden. Der Staatsbürger kann verlangen, daß sein Eigentum nicht nur dem Wert, sondern auch dem Bestand nach geschützt wird. Das Eigentum wird auch verletzt, wenn der Eigentümer für die Entziehung der einzelnen Sache entschädigt wird. Wie der Einzelne mit seiner Sache verfährt, muß ihm überlassen bleiben. Nicht auf die Verletzung des fremden Vermögens kommt es an, sondern der Schutz des Eigentums ist das Wesentliche. Wer ein einem anderen gehöriges Gemälde kaufen will, soll den Eigentümer darum angehen; wenn dieser den Verkauf verweigert, hat sich der andere damit zufrieden zu geben. Es lassen sich auch manche Fälle denken, in denen dem Eigentümer an dem Besitz der Sache weit mehr liegt als an dem hinterlassenen Geldbetrag, selbst wenn dieser ein Vielfaches ihres wirtschaftlichen Wertes ausmacht. Wollte man diese Taten nicht als Diebstahl ansehen, so würde ein Privileg für den Begüterten geschaffen, der in der Lage ist, einen dem Besitzer vielleicht unersetzlichen Gegenstand gegen Ersatz des objektiven Wertes zu entwenden, was sicher nicht dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht. Nur dann wird es an dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung fehlen, wenn greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Berechtigte bei entsprechender Ersatzleistung zur Veräußerung geneigt ist. Nach künftigem Recht ist der rechtswidrige Tausch nicht mehr als Diebstahl anzusehen, weil es an der Bereicherungsabsicht fehlt. Die Ausscheidung dieser Fälle aus dem Diebstahlsbegriff ist indes aus den erwähnten Gründen nicht gerechtfertigt, und die Regelung des StGB führt zu durchaus billigen und annehmbaren Ergebnissen und entspricht der allgemeinen Anschauung.[25])

Auch im Falle der Selbsthilfe soll die Bestrafung wegen Diebstahls unangemessen sein: Jemand nimmt bewußt widerrechtlich seinem Schuldner gehörige Sachen weg, um sich daraus für seine Forderung bezahlt zu machen. Diese Fälle liegen nicht anders als die Fälle des gemeinen Diebstahls.[26]) Auch hier zeigt sich die antisoziale Gesinnung des Täters, die mit der Strafe des Diebstahls belegt werden muß. Auch wenn der Gläubiger annimmt, auf zivilrechtlichem Wege keine Aussicht auf Befriedigung zu haben, darf er doch nicht ohne Anrufung der zuständigen Vollstreckungsbehörden selbst tätig werden, wenn nicht die im BGB geregelten Voraussetzungen der Selbsthilfe vorliegen. Das erfordert das Interesse der öffentlichen Sicherheit und

[25]) So auch Harburger S. 213 f., Binding S. 274, Krebs S. 26, 28, Frank § 242 VII 2c, E. 21, 364 ff., A. A. Dörr S. 169 ff., John S. 261.

[26]) E. 1, 193.

die Rücksichtnahme auf die Rechte des Eigentümers, der allein zu bestimmen hat, was er zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit leisten will. Wer sich aber eigenmächtig eine fremde Sache aneignet, begeht eben einen Diebstahl. „Eine strafbare Handlung verliert dadurch nicht den Charakter der Strafbarkeit, weil sie das Mittel zur Erreichung eines erlaubten Zweckes war.“ [27]) Dieser Fall der Selbsthilfe dürfte aber kaum als Argument für die Notwendigkeit der Aenderung des Diebstahlstatbestandes herangezogen werden können: Denn hier handelt der Täter m. E. in Bereicherungsabsicht, er muß also auch nach künftigem Recht wegen Diebstahls bestraft werden, ein Ergebnis, das die Anhänger der Neuregelung gerade vermieden wissen wollen. Der Täter erstrebt nämlich die Erlangung eines Vorteils, der ihm in dieser Art und in dieser Form nicht zusteht. Er bereichert sich durch die Einbringung einer Sache in sein Vermögen, während er nur ein unsicheres und vielleicht überhaupt nicht mehr realisierbares Forderungsrecht aufgegeben hat. Auch dieser Fall kann demnach nicht überzeugend als Grund für die Einführung der Bereicherungsabsicht ins Feld geführt werden.

Für die Aufnahme des neuen Tatbestandsmerkmals war auch die erstrebte Angleichung an das österreichische Recht maßgebend, das in § 171 des Strafgesetzes von 1852 Bereicherungsabsicht fordert. Der große staatspolitische Wert einer einheitlichen großdeutschen Rechtsanschauung und Rechtsprechung ist unbestreitbar, und zur Durchführung dieses Zieles muß auch auf beiden Seiten Entgegenkommen gezeigt werden, um zu einer Uebereinstimmung zu gelangen. Es fragt sich nur, welcher Regelung der Vorzug zukommt. Diese Frage ist m. E. in unserem Falle zu Gunsten des in Deutschland geltenden Diebstahlsbegriffs zu beantworten, wenn man bedenkt, daß die Kommissionen, die sich mit der Abfassung der amtlichen Entwürfe von 1909, 1913 und 1919 zu beschäftigen hatten, die Aenderung des Tatbestandes jedesmal unter einleuchtenden Gründen ablehnten. Das Streben nach einer einheitlichen Gesetzgebung darf nicht dazu führen, in 60jähriger Praxis bewährte und als wertvoll erkannte Rechtsgrundsätze mit dieser Begründung aufzugeben.

Auch der österreichischer Rechtsanschauung entsprechende Gedanke, die Strafe nicht auf die Tat, sondern auf den Täter abzustellen, scheint bei der Einführung der Bereicherungsabsicht mitbestimmend gewesen zu sein. Die Reformbestrebungen gehen dahin, daß das Verbrechen nicht als Tatsache hingenommen und vergolten werden dürfe, sondern daß die Gründe, aus denen die Tat entstanden sei, erforscht und berücksichtigt werden müßten. Diese Gedanken sind sehr begrüßenswert, und m. W. wird auch in der Praxis der Gerichte die Strafe im allgemeinen nach Art und Maß der Persönlichkeit des Täters angepaßt. Sehr bedenklich muß es aber erscheinen, wenn gefordert wird, ein solches subjektives Moment zum Tatbestandserforder-

[27]) E. 25, 173.

nis zu machen. Und das ist der Hauptgrund, der uns veranlaßt, die Regelung des Diebstahlstatbestandes im E. 27 abzulehnen.

Durch die Aufnahme der Bereicherungsabsicht wird ein Motiv zum Tatbestandsmerkmal erhoben, das meist schwierig oder überhaupt nicht nachgewiesen werden kann, da es im äußeren Erfolg nicht in Erscheinung tritt. Neben der bisher geforderten äußerlich erkennbaren Zueignungsabsicht wird nunmehr ein in der Psyche des Täters gelegener innerer Vorgang zur Tatbestandsvoraussetzung erhoben, der nach außen hin meist nur schwer erkennbar werden kann. Das Recht ist aber an die Geschehnisse der Außenwelt gebunden, und auch hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes sind nur solche Willensmomente strafrechtlich relevant, die in äußeren Handlungen ihren unmittelbaren Ausdruck finden.[28]) Macht man jedoch die Bereicherungsabsicht, also ein Motiv,[29]) zum Tatbestandsmerkmal, so entsteht die Frage, wie dieses Kriterium festgestellt werden kann, ob also ein objektives Moment einen Schluß auf die Willensrichtung des Täters ermöglicht. Dies ist aber zu verneinen: Wir erkennen nur die Wegnahme der Sache, durch die der Täter die Zueignungsabsicht dokumentiert. Ohne weiteres auf eine Bereicherungsabsicht zu schließen, sind wir nicht berechtigt, wie die verschiedenen oben besprochenen Fälle zeigen. Was soll nun geschehen, wenn zwar die rechtswidrige Zueignung festgestellt wird, die den Täter leitende Absicht aber zweifelhaft bleibt? Die Neuregelung würde dazu führen, daß bei dem heute geltenden prozessualen Grundsatz, wonach jedem Angeklagten die ihm zur Last gelegte Tat bewiesen werden muß, häufig eine Bestrafung wegen eines einfachen oder sogar schweren Diebstahls nicht erfolgen könnte. Dieses Ergebnis könnte allerdings vermieden werden, wenn der Entwurf bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale eine allgemeine Vermutung für die Bereicherungsabsicht aufstellen würde, wie sie im Allgemeinen Landrecht[30]) enthalten war. Eine Gefahr, wie sie Ullmann[31]) in einer solchen Beweisregel sieht, liegt m. E. nicht vor. Es ist zwar richtig, daß g r u n d s ä t z l i c h derartige Praesumptionen im Strafverfahren ausgeschlossen sind. Ganz vermeiden lassen sie sich aber nicht.[32]) Beim Diebstahl handelt es sich um ein Delikt, das, wie schon oben zugegeben wurde, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle in Bereicherungsabsicht begangen wird. Sollte den

[28]) Ullmann S. 61 ff.

[29]) Die Meinung Harburgers S. 216 f., daß Absicht und Motiv auseinanderzuhalten seien, scheint mir nicht richtig zu sein: Denn Absicht ist psychologisch immer Motiv, und die Bereicherungsabsicht ist ebenso ein Motiv wie die anderen von Harburger angeführten Fälle, z. B. Habsucht, Rachsucht, Neid, Liebhaberei, Uebermut.

[30]) § 1112 des 2. Teils.

[31]) S. 59.

[32]) Vgl. schon die Protokolle zum preuß. StGB von 1851 bei Beseler S. 410.

Täter einmal ein anderes Motiv geleitet haben, so wird es ihm nicht schwer sein, den Beweis dafür zu erbringen. Die Aufstellung einer tatsächlich fast ausnahmslos zutreffenden Praesumption halte ich umso weniger für bekämpfenswert, als unserm Strafrecht derartige Vermutungen nicht fremd sind: Es sei nur hingewiesen auf den Tatbestand des § 259 StGB (Hehlerei), der durch die Worte „den Umständen nach annehmen muß" eine widerlegbare Beweisregel für die Kenntnis der strafbaren Vortat aufstellt.[33]) Auch § 146 des Vereinszollgesetzes vom 1. 7. 1869 (Bandenschmuggel) enthält eine solche Beweisvermutung, wenn er in Absatz 2 bestimmt: „Werden 3 oder mehrere Personen in Ausübung eines (Zoll-) Vergehens betroffen, so wird angenommen, daß sie sich zur gemeinschaftlichen Ausübung verbunden haben, wenn sie nicht nachweisen können oder aus den Umständen hervorgeht, daß ihr Zusammentreffen nur ein zufälliges gewesen sei".

Eine derartige Beweisregel stellt aber der E. nicht auf, und so kann auch das Verlangen nach einer Berücksichtigung der Tatmotive wegen der ungeahnten Beweisschwierigkeiten die Einführung der Bereicherungsabsicht nicht überzeugend begründen.

Noch auf einen letzten Einwand soll eingegangen werden, mit dem man aus dogmatischen Gesichtspunkten für die Aenderung des Diebstahlsbegriffes eintritt: Durch die im E. getroffene Regelung soll eine bessere Abgrenzung zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung erreicht werden.[34]) Zum Nachweis der Richtigkeit dieser Behauptung werden Fälle wie das Versenken einer fremden Sache ins Meer und das Befreien eines Tieres aus einer Hürde genannt,[35]) die nach geltendem Recht nicht strafbar seien, da ein solches Vergreifen an fremdem Eigentum ohne Zueignungsabsicht unter keinen der beiden Tatbestände subsumiert werden könne. Auch das ist nicht stichhaltig: Denn die Schwierigkeiten blieben zwischen dem neuen Tatbestand der unberechtigten Aneignung[36]) und der Sachbeschädigung bestehen. Unzutreffend ist es, wenn es in der Begründung zu E. 27 weiter heißt, diese an sich strafwürdige Handlungsweise könne bisher nur durch eine zum mindesten zweifelhafte Auslegung der Diebstahlsvorschrift geahndet werden; fordere man aber beim Diebstahl die Bereicherungsabsicht, so scheide die Möglichkeit, derartige Fälle als Diebstahl zu bestrafen, völlig aus. Daher sei die Schaffung einer besonderen Vorschrift erforderlich.[37]) Nicht darum handelt es sich, solche Handlungen aus dem Diebstahlsbegriff auszuscheiden, das Problem ist viel-

[33]) So die herrschende Lehre, vgl. Olshausen § 259 Nr. 21, Frank § 259 V 1.

[34]) So besonders v. Lilienthal S. 16 ff.

[35]) Begründung zum E. 27 S. 164.

[36]) S. u.

[37]) Darüber s. u. den Tatbestand der „Dauernden Entziehung von Sachen".

mehr, diese Fälle der Sachbeschädigung zu subsumieren. Dazu ist eine Aenderung der Fassung dieses Tatbestandes, der bisher nur bei einer Einwirkung auf die Sachsubstanz anwendbar war,[38]) erforderlich. Als Diebstahl können diese Fälle wegen Fehlens der Zueignungsabsicht nicht angesehen werden, und daher ist es verfehlt, hieraus die Einführung der Bereicherungsabsicht zu rechtfertigen.

Nach der Absicht des Gesetzgebers soll die Wegnahme ohne Bereicherungsabsicht auch in Zukunft nicht straflos bleiben. Nur als Diebstahl soll man sie aus psychologischen Gründen nicht bezeichnen dürfen, und daher hat E. 27 den Tatbestand der unberechtigten Aneignung geschaffen, bei dessen Behandlung auf diesen Einwand noch einzugehen sein wird.

Durch die Aufnahme der Bereicherungsabsicht wird auch nicht etwa die Verwendung des bestrittenen Zueignungsbegriffs als Tatbestandsmerkmal überflüssig.[39]) Der E. 25 glaubte in § 296 eine bedenkenfreie Formulierung aufgestellt zu haben,[40]) wenn er bei der Wegnahme einer Sache von dem Täter nur die Absicht verlangte, „sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern". Diese Fassung wurde mit Recht kritisiert. Besonders Mannheim[41]) wies darauf hin, daß das Wort „damit" sowohl „durch Zueignung" als auch „durch Benutzung" bedeuten könne. Bei einer strengen Auslegung wäre also auch das furtum usus strafbar: Auch bei der bloßen Gebrauchsentziehung wolle sich der Täter „mit der Sache" bereichern. Es entsprach aber nicht der Absicht der Schöpfer des Entwurfs, die Gebrauchsanmaßung wieder zur strafbaren Handlung zu erheben. So finden wir in E. 27 das Wort „damit" durch die Wendung „durch Zueignung der Sache" ersetzt. Nur so ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Bereicherungsabsicht den bisher erforderlichen Zueignungswillen nicht ersetzen, sondern neben ihn treten soll.

Zu begrüßen ist die Fassung des E. insofern, als der Absicht, sich zu bereichern gleichgestellt ist die Absicht, einen Dritten zu bereichern. Auch § 242 StGB wird ganz allgemein dahin ausgelegt, daß unter dem Begriff „sich zueignen" auch die Zueignung an einen Dritten zu verstehen sei.[42]) Die Berechtigung dieser Auffassung ist daraus zu folgern, daß im preuß. StGB die Worte „oder einem Dritten" nur deshalb nicht in den Tatbestand aufgenommen wurden, weil man sie für überflüssig hielt.[43]) Die ausdrückliche Hervorhebung dieses

[38]) So die herrschende Lehre: L. K. § 303 Nr. 4, Olshausen § 303 Nr. 4, Frank § 303 II, Binding § 65 I A 2.

[39]) So v. Lilienthal S. 19, Sauer S. 298.

[40]) Begr. S. 150.

[41]) S. 340 ff.

[42]) Olshausen § 242 Nr. 29, Merkel S. 649. A. A. nur Hegler S. 283, Krebs S. 69 f.

[43]) Goltdammers Materialien S. 467.

Merkmals ist zu begrüßen, nachdem auch schon sämtliche Entwürfe seit dem GE die Alternativfassung gewählt hatten.

Im übrigen gehört im geltenden Recht wie in den Entwürfen zum subjektiven Tatbestand, daß der Täter „den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht". Diese Begriffsbestimmung des Vorsatzes, die im StGB fehlte und die der Rechtsprechung des Reichsgerichts entspricht, ist in den Entwürfen[44]) als besondere Vorschrift aufgenommen worden. Eine fahrlässige Begehung eines Diebstahls ist nicht denkbar.

Wir kommen hinsichtlich der in den E. 25 und 27 getroffenen Aenderung des Diebstahlstatbestandes in subjektiver Richtung zu folgendem Ergebnis: Die Einführung der Bereicherungsabsicht ist abzulehnen,[45]) da für eine Abweichung von dem bisherigen Begriff überzeugende Gründe nicht vorhanden sind. Der geltenden Regelung, die sich in 60jähriger praktischer Erfahrung bewährt hat und unseren Verhältnissen und Anschauungen durchaus gerecht wird, ist der Vorzug zu geben. Entwendungen verdienen grundsätzlich eine Brandmarkung als Diebstahl, auch wenn eine Bereicherungsabsicht nicht entscheidend war. Nur insofern bedeutet das künftige Recht eine Verbesserung, als es die Absicht, die Sache einem Dritten zuzueignen, für ausreichend erklärt.

De lege ferenda dürfte sich demnach folgende Fassung empfehlen, die auch E. 19 aufgestellt hatte:

> Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

[44]) § 59 Abs. 1, 2 VE; § 17 KE; § 11 E. 19; § 17 E. 27. Nicht dagegen im E. 25: Vergl. Begr. S. 12 f.

[45]) Ebenso v. Weber S. 238; Harburger S. 216—220, 368; Sauer S. 285, 300 ; Schäfer S. 73; Hegler S. 282.

§ 5.

Die Strafe.

Gemäß § 242 StGB wird das Vergehen des einfachen Diebstahls mit Gefängnis bestraft. Diese Strafart ist zu billigen, da nach allgemeiner Auffassung der Angriff auf fremdes Eigentum im allgemeinen nur durch eine Freiheitsstrafe gesühnt werden kann. Auch ist die abschreckende Bedeutung dieser Strafandrohung bei der im täglichen Leben häufig großen Versuchung, Diebstähle zu begehen, nicht gering einzuschätzen. Der Strafrahmen ist im geltenden Recht (§ 16 StGB) so weit gesteckt,[1]) daß unbillige Ergebnisse meist nicht zu besorgen sind. Zudem ist auf Grund des durch die Geldstrafengesetze eingefügten § 27b StGB die Möglichkeit gegeben, anstelle der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe (von 3 bis 10 000 RM.) zu erkennen, wenn die an sich

[1]) 1 Tag bis 5 Jahre.

verwirkte Freiheitsstrafe 3 Monate nicht erreicht und der Strafzweck durch eine Geldstrafe erfüllt werden kann. Mit Recht wurde von einer gesetzlichen Abstufung der Strafe nach dem Wert der gestohlenen Sache, wie sie im gemeinen Recht zu finden war, abgesehen. Eine solche Bestimmung hat den Nachteil, daß der Richter vor der Bestrafung des Täters den Wert der gestohlenen Sache genau feststellen müßte, bei einer Sache von bloßem Affektionswert also einen beliebigen Maßstab anzulegen hätte. Gegen diese Berücksichtigung des Wertes spricht auch der schon oben vertretene Standpunkt, daß zunächst die asoziale Gesinnung, die verbrecherische Neigung gesühnt werden muß. Erst in zweiter Linie kann der Richter im Rahmen der Zumessungsgründe die größere oder geringere Strafwürdigkeit, die sich aus dem Wert des Objektes und der Person des Täters sowie den ihn leitenden Motiven ergeben kann, würdigen.

Nach § 27a StGB kann außer der Gefängnisstrafe eine Geldstrafe bis zu 100 000 RM. verhängt werden, wenn der Diebstahl auf Gewinnsucht beruht. Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte für die Dauer von 1 bis 5 Jahren erkannt werden, wenn die Hauptstrafe auf mindestens 3 Monate Gefängnis bemessen wird (§§ 248, 32 StGB). Diese Nebenstrafe bewirkt ihrerseits ipso iure gewisse dauernde und vorübergehende Wirkungen, die in § 33, 34 StGB aufgezählt sind.

Ausgehend von der richtigen Auffassung, daß der Diebstahl ein Delikt ist, welches grundsätzlich mit Freiheitsstrafe zu ahnden ist,[2]) haben auch die neueren Entwürfe als Regelstrafe Gefängnis vorgesehen. Eine Abweichung von den im StGB zugelassenen Strafrahmen ist allerdings in den E. 25 und 27 dadurch eingetreten, daß die Mindeststrafe eine Woche[3]) beträgt, eine durchaus begrüßenswerte Maßnahme, die dem Bestreben zuzuschreiben ist, kurze Freiheitsstrafen zu beseitigen. Da aber, wie sich aus den Zahlen der Kriminalstatistik[4]) ergibt, in zahlreichen Fällen Gefängnis zu hart ist, sehen die Entwürfe die schon im geltenden Recht unter den oben genannten Voraussetzungen gegebene Möglichkeit vor, auf Geldstrafe zu erkennen. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch insofern, als die Geldstrafe nur bei Zubilligung mildernder Umstände, die im Gegensatz zu der kasuistischen Methode des StGB künftig bei jedem Delikt angenommen werden können,[5]) verhängt werden darf. Um zu verhindern, daß von der Zubilligung mildernder Umstände ein schrankenloser Gebrauch gemacht wird, ist dieser Begriff in den E. 25 und 27 gesetzlich festgelegt worden, während noch E. 19 von einer Begriffsbestimmung absah. Nach § 74 E. 27 kann das Gericht die Strafe mildern, wenn bei Abwägung der in § 69 aufgezählten Strafbemessungsgründe die für

[2]) Denkschr. zu E. 19 S. 303 ; Begr. zu E. 25 S. 152, E. 27 S. 165.
[3]) E. 25 § 31, E 27 § 35 Abs. 2.
[4]) Begr. zu E. 27 S. 165.
[5]) E. 19 § 113, E. 25 § 73, E. 27 § 74.

eine milde Strafe sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen. Den Strafrahmen, der bei Zubilligung mildernder Umstände in Betracht kommt, stellt § 73 E. 27 auf, aus dem für den Diebstahl folgt, daß höchstens auf $^3/_4$ [6]) des angedrohten Höchstmaßes und anstelle einer verwirkten Gefängnisstrafe von höchstens 3 Monaten [7]) auf Geldstrafe erkannt werden darf, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann. Diese Regelung ist zu begrüßen. Zweifellos muß von der Möglichkeit, auf Geldstrafe zu erkennen, sehr vorsichtig Gebrauch gemacht werden, und im allgemeinen wird sie sich wohl nur empfehlen, wenn das Delikt die erste Rechtsverletzung des Täters darstellt. Andererseits ist aber die Gefahr, daß durch die Zulassung der Geldstrafe die Scheu vor der Brandmarkung als Dieb verringert werde,[8]) nicht zu groß: Wer gestohlen hat, ist und bleibt ohne Rücksicht auf die Strafe nach der Volksmeinung ein Dieb, und eine angemessene Geldstrafe kann den Täter gerade heutzutage häufig empfindlicher treffen als eine Freiheitsstrafe.

Die Bestimmung der E. 19 und 25,[9]) die dem Richter die Möglichkeit gibt, bei allen strafbaren Handlungen in besonders leichten Fällen die Strafe nach völlig freiem Ermessen zu mildern, übersteigt entschieden das zulässige Maß der Ermessensfreiheit. Die Begründung zum E. 27[10]) hat mit Recht die gegen diesen Vorschlag geäußerten Bedenken[11]) für begründet erklärt und das außerordentliche Milderungsrecht nicht übernommen.

Ueber die Höchststrafe von 5 Jahren Gefängnis hinauszugehen ist m. E. nicht erforderlich, da der vorhandene Strafrahmen genügend Spielraum für die Berücksichtigung der Individualität des Einzelfalles wie nach unten so auch nach oben läßt.

Hier sei angemerkt, daß im Strafrechtsausschuß des Reichstages gefordert wurde, allgemein beim Diebstahl neben der Gefängnisstrafe Geldstrafe anzudrohen. Dieser Antrag wurde mit Recht abgelehnt: Durch die alternative Zulassung beider Strafen schon für den Regelfall würde die abschreckende Wirkung der Gefängnisandrohung bedeutend abgeschwächt, und die Gerichte würden von der Verhängung von Geldstrafen, wie die heutige Praxis beweist, einen zu ausgiebigen Gebrauch

[6]) In § 115 E. 19 auf $^1/_2$.

[7]) Die Grenze ist im E. 19 (§ 115 Abs. 2) ein Monat, während sie im E. 25 (§ 72) ganz fehlt. Die Bestimmung, daß die Grenze der verwirkten Freiheitsstrafe 3 Monate beträgt, halte ich für zu weitgehend. Erscheint bei einem Diebstahl eine Gefängnisstrafe von 3 Monaten angemessen, so dürfte der Strafzweck kaum noch durch eine Geldstrafe erreicht werden können. Der Fassung des E. 19 ist m. E. der Vorzug zu geben.

[8]) Hofmann S. 39.

[9]) E. 19 § 116, E. 25 § 75.

[10]) S. 57.

[11]) Z. B. Aschrott S. 235 f., Graf Gleispach S. 192 ff.

machen, während bei der künftigen Regelung die Anwendung einer Geldstrafe davon abhängig ist, ob dem Täter mildernde Umstände zugebilligt werden können. Sehr bemerkenswert ist, daß der Antrag, die Verfolgung des Diebstahls nur auf Verlangen des Verletzten eintreten zu lassen, bei der Regierung nicht auf grundsätzliche Ablehnung stieß.[12]) Es ist also immerhin nicht unmöglich, daß es zu dieser praktisch sehr bedeutsamen Entschließung, die sich in der Kriminalstatistik stark auswirken würde, kommt. Dieser Vorschlag ist durchaus erwägenswert: Vergleicht man die Sachbeschädigung mit dem Diebstahl und bedenkt, daß hier wie dort das Eigentum Schutzobjekt ist, daß sogar in manchen Fällen der Sachbeschädigung der Täter eine strafwürdigere Mißachtung der Gesellschaftsordnung an den Tag legt als beispielsweise bei der Wegnahme einer wertlosen Sache, so ist nicht recht einzusehen, warum in dem einen Falle die Verfolgung an der Schranke des Antragserfordernisses scheitern soll, in dem anderen dagegen nicht. Diese Ueberlegung werden die zuständigen Stellen später noch anzustellen haben.

Besondere Folgerungen, die im geltenden Recht zum Teil nicht vorgesehen sind, können aus einer Verurteilung wegen Diebstahls entstehen durch die im Allgemeinen Teil der Entwürfe[13]) zugelassenen „Nebenstrafen und Nebenfolgen" und „Maßregeln der Besserung und Sicherung".

Hatte schon der E. 19 gegenüber der geltenden Regelung, die die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte als Nebenstrafe zuließ, wenn der Dieb zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten verurteilt worden war, eine wesentliche Einschränkung gebracht, indem er in § 75 diese Strafe an die Voraussetzung knüpfte, daß die Tat aus ehrloser Gesinnung begangen und auf eine Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten erkannt worden war, so gingen die E. 25 und 27 noch einen Schritt weiter: Hier finden wir die Strafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte nicht mehr. Zur Begründung der Beseitigung der Ehrenstrafen als solcher wird darauf hingewiesen,[14]) daß die Gesellschaft vielfach Vorbestraften die Wiedereingliederung in die Gesellschaftsordnung erschwere, indem sie ihnen Mißtrauen und Uebelwollen entgegenbringe. Gegen dieses Vorurteil müsse man im Interesse der gebesserten und gutwilligen Bestraften und auch im Interesse der Allgemeinheit nach Möglichkeit ankämpfen, ihm aber nicht noch Vorschub leisten durch Richtersprüche, die den Verurteilten für ehrlos erklären und ihn eben dadurch der Möglichkeit berauben, nach verbüßter Strafe den Kampf um ein redliches Dasein mit Aussicht auf Erfolg wieder aufzunehmen. Der Strafzweck werde auch

[12]) Vgl. Graf zu Dohna, a. a. O.

[13]) E. 19, 11. und 12. Abschnitt; E. 27, 7. und 8. Abschnitt. E. 25 macht diesen Unterschied nicht und behandelt auch die erste Gruppe als „Maßregeln der Besserung und Sicherung" im 7. Abschnitt.

[14]) Begr. zu E. 25 S. 44, E. 27 S. 39.

ohne diese beschämende Ehrenstrafe erreicht werden können. Diesen Gründen ist zuzustimmen. Weniger die Wirkungen des Ehrverlustes waren es, die den sozialen Wiedereingliederungsprozeß erschwerten, sondern die Brandmarkung des Täters als ehrlos. Allein die Beseitigung der Bezeichnung als Ehrenstrafe wird dem in der öffentlichen Meinung bestehenden Vorurteil entgegenwirken. Wenn Frank [15]) meint, das mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbundene Leiden bestehe nur in einer Schmälerung der Rechtsstellung, so mag das nach der Absicht des Gesetzgebers richtig sein. Praktisch trifft das nicht zu: Demütigender als die gesetzlich vorgesehenen Wirkungen der Strafe ist die durch den Urteilsspruch herbeigeführte tatsächliche Minderung der bürgerlichen Ehre und der Achtung in der Oeffentlichkeit. Ist die Ansicht Franks aber richtig, so ist nicht einzusehen, warum er sich gegen die Neuregelung wendet: Denn die mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbundenen Nebenwirkungen behalten auch im allgemeinen die E. 25 und 27 bei. Der wesentlichste Unterschied besteht, wie gesagt, in der Beseitigung der Bezeichnung.

Als Nebenstrafen sehen beide Entwürfe [16]) den Verlust der Amtsfähigkeit und des Wahl- und Stimmrechts vor. Beim einfachen Diebstahl, der uns hier in erster Linie interessiert, treten diese Wirkungen nur ein, wenn das Gericht ausdrücklich darauf erkennt. Dabei kann der Verurteilte nur dann auf die Dauer von 1 bis 5 Jahren für unfähig erklärt werden, öffentliche Aemter zu bekleiden, wenn auf eine Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten erkannt worden ist. Der Verlust der Amtsfähigkeit hat den ständigen Verlust der Aemter, die der Verurteilte innehat, zur Folge. Die Aberkennung des Wahl- und Stimmrechts sollte nach § 57 Abs. 2 E. 25 immer dann erfolgen können, wenn die Amtsfähigkeit aberkannt wird. § 49 Abs. 3 E. 27 knüpft diese Möglichkeit an die Voraussetzung, daß der Täter außer dem Verlust der Amtsfähigkeit zu einer Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Wenn Hofmann [17]) meint, diese Strafen kämen praktisch nur beim Diebstahl im Amte (§ 131 E. 27) in Betracht, so ist dem entgegenzuhalten, daß sie auch beim einfachen Diebstahl verhängt werden können, nämlich dann, wenn ein Amtsträger eine Sache stiehlt, die ihm nicht in amtlicher Eigenschaft anvertraut oder zugänglich ist. Erwähnenswert ist noch die im Gegensatz zum geltenden Recht in sämtlichen amtlichen Entwürfen [18]) getroffene Bestimmung, nach der das Gericht dem Verurteilten die entzogenen Fähigkeiten wiederverleihen kann, wenn er sich nach der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß der Strafe längere Zeit gut geführt und der Ausübung öffentlicher Aemter oder des Wahl- und Stimmrechts wieder würdig erwiesen hat. Diese Maßnahmen, die der E. 27 als Nebenstrafen

[15]) § 32 I.
[16]) §§ 54 ff. E. 25, §§ 46 ff. E. 27.
[17]) S. 42.
[18]) § 50 VE, § 133 KE, § 81 E. 19, § 58 E. 25, § 50 E. 27.

bezeichnet, dienen in erster Linie der Sicherung der Allgemeinheit. Als Grund für die Aufnahme dieser Bestimmungen wird denn auch darauf hingewiesen,[19]) daß eine Gefährdung der allgemeinen Interessen bestehe, wolle man zulassen, daß ein Amtsträger, der sich als unzuverlässig und vertrauensunwürdig erwiesen habe, das Amt nach Verbüßung der Strafe weiter bekleide. Es müsse auch verhindert werden, daß jemand, der durch strafbare Handlungen bekundet habe, daß er ein Feind jedes Gemeinwesens ist, nach der Strafverbüßung durch Ausübung des Wahl- und Stimmrechts auf die Geschicke des Reichs, des Landes oder der Gemeinde Einfluß ausüben kann. Der Entzug des Wahlrechts dient also weniger der Verhütung der Kriminalität, als dem außerstrafrechtlichen Zweck der Fernhaltung gewisser Elemente von der Wahlurne.[20]) Der Regelung des E. 25, der diese Maßnahmen als „Maßregeln der Sicherung" behandelt, ist daher der Vorzug zu geben. Hält man aber ihre Einordnung in diese Gruppe nicht für richtig, weil es sich nicht um reine Maßregeln der Besserung und Sicherung handelt, so würde es jedenfalls ihrem Charakter mehr entsprechen, wenn man sie unter den Begriff „Nebenfolgen" brächte und die im E. 27 vorgesehene Ueberschrift „Nebenstrafen" ganz fallen ließe.

An Nebenfolgen sehen die Entwürfe[21]) die Urteilsbekanntmachung und die Einziehung vor. Das StGB kennt nur bei der falschen Anschuldigung und bei der Beleidigung (§§ 165, 200) die Veröffentlichung eines Strafurteils, womit in diesen Fällen bezweckt wird, dem Verletzten eine öffentliche Genugtuung zu verschaffen. E. 19 geht über das geltende Recht insofern hinaus, als er diese Möglichkeit außerdem bei einigen anderen strafbaren Handlungen, nämlich bei der öffentlichen Erörterung fremder Privatangelegenheiten, beim Wucher, Glücksspiel und der Tierquälerei zuläßt. Nach den E. 25 und 27 können die Gerichte neben jeder Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens die öffentliche Bekanntmachung des Urteils gestatten. Der Hauptgrund für die Einführung dieser Vorschrift war der Gedanke, dem Verletzten eine größere Genugtuung zu verschaffen, als sie durch die öffentlich-rechtliche Strafe möglich ist; nicht aber soll sie dem Rachebedürfnis des Verletzten dienen. Zur Vermeidung einer willkürlichen Ausnutzung dieser Möglichkeit bringt die Begründung zu E. 27[22]) zum Ausdruck, daß die Publikationsbefugnis nur bewilligt werden solle, wenn der Verletzte ein schutzwürdiges Interesse daran habe. Abgesehen davon, daß ein solcher Rat des Gesetzgebers die Gerichte nicht bindet, besteht m. E. keine Notwendigkeit zu einer solch weitgehenden allgemeinen Vorschrift: Beim Diebstahl wird dem Genugtuungsbedürfnis des Verletzten stets die Bestrafung des Täters genügen. Auch sonst lassen sich kaum Fälle denken, in denen eine Ur-

[19]) Begr. S. 39.
[20]) Grünhut, a. a. O. S. 179.
[21]) §§ 82—84 E. 19, §§ 59—62 E. 25, §§ 51—54 E. 27.
[22]) S. 41.

teilsbekanntmachung als Genugtuung für den Verletzten erforderlich wäre. Daher ist die in E. 19 getroffene Regelung vorzuziehen, die die Publikationsbefugnis nur in den im Besonderen Teil vorgesehenen Fällen zuläßt und in § 82 einige für die Veröffentlichung allgemein geltende Bestimmungen trifft.

Eine weitere Nebenfolge ist die Einziehung der instrumenta et producta sceleris, die in den Entwürfen [23]) ähnlich geregelt ist wie im geltenden Recht (§§ 40—42 StGB). Hier wie dort ist die Einziehung dem Täter gegenüber stets, dem unbeteiligten Eigentümer gegenüber nur in den vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen zulässig. Da das Gesetz beim Diebstahl die Einziehung von Sachen, die weder dem Täter noch einem Teilnehmer gehören, nicht ausdrücklich vorsieht, kann auf sie nur erkannt werden, wenn die Gegenstände nicht im Eigentum eines anderen stehen. Die Einziehung dieser Werkzeuge kann auch im Wege des objektiven Verfahrens, d. h. ohne Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person ausgesprochen werden.

Die Entwürfe gehen von dem richtigen Gedanken aus, daß die Verhängung von Strafen den Bedürfnissen der Generalprävention und den Forderungen der Gerechtigkeit genüge, nicht aber den Forderungen der Rechtssicherheit entspreche. Um nun den Strafgerichten die Befugnis zu verleihen, zum Schutze der Allgemeinheit oder im Interesse des Verurteilten selbst neben der Strafe bessernde oder sichernde Maßnahmen anzuordnen, wenn sie dessen Zustand oder Verhalten erfordert, stellen die Entwürfe eine Reihe von Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Verfügung. Der E. 27, der einzelne Bestimmungen der früheren Entwürfe nicht übernommen hat, sieht in § 55 folgende sechs Möglichkeiten, die sämtlich eine Freiheitsbeschränkung enthalten, vor:

1. Die Unterbringung geisteskranker oder vermindert zurechnungsfähiger Verbrecher in einer Heil- oder Pflegeanstalt (§ 56).
2. Die Einweisung von Personen, die gewohnheitsmäßig im Uebermaß geistige Getränke oder berauschende Mittel zu sich nehmen, in eine Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt (§ 57).

   Beide Maßnahmen können natürlich auch bei einem Dieb zur Anwendung kommen.
3. Die Unterbringung in einem Arbeitshaus (§ 58).

Während noch der E. 19 [24]) diese Möglichkeit beim Diebstahl vorsah, lassen sie die E. 25 und 27, [25]) entsprechend der bisherigen Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, nur bei Bettlern, Landstreichern und Dirnen zu. Das ist zu bedauern: Gerade der Diebstahl hat seine Wurzel häufig in Arbeitsscheu oder Liederlichkeit, und es wäre wünschenswert, wenn die Gerichte wie im E. 19 die Befugnis erhielten, in solchen Fällen auf Arbeitshaus zu erkennen, um den Täter „zur Arbeit

[23]) §§ 83, 84 E. 19; §§ 60—62 E. 25; §§ 52—54 E. 27.
[24]) §§ 363, 95.
[25]) §§ 383, 58.

anzuhalten und an ein geordnetes Leben zu gewöhnen". Auch die generalpräverierende Wirkung dieser Möglichkeit ist nicht zu unterschätzen: Denn es ist in der heutigen Praxis bekannt, daß das Arbeitshaus von allen davon Betroffenen als schwere Strafe empfunden wird. Der gesetzgeberische Grund,[26]) der für die Beschränkung auf solche Personen sprach, „die ohne ausgesprochen verbrecherische Veranlagung es nie gelernt oder wieder verlernt haben, sich durch ehrliche Arbeit selbst ihren Unterhalt zu beschaffen", wird bei Dieben häufig zutreffen.

4. Die Sicherungsverwahrung gemeingefährlicher Gewohnheitsverbrecher (§ 59) wird für den einfachen Diebstahl kaum in Frage kommen, da auf sie nur erkannt werden darf, „wenn die Gefahr besteht, daß der Verurteilte auch in Zukunft erhebliche re Angriffe gegen strafrechtlich geschützte Rechtsgüter unternehmen wird.[27])
5. Die Schutzaufsicht (§ 61) soll anstelle einer an sich angeordneten mit einer Freiheitsentziehung verbundenen sichernden Maßnahme zulässig sein.
6. Die Reichsverweisung von Ausländern (§ 64), die im StGB nur in vereinzelten Fällen möglich ist, wird künftig neben einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten allgemein für zulässig erklärt.

Die im geltenden Recht (§§ 38, 39) zugelassene Polizeiaufsicht hat E. 27 ebensowenig übernommen wie das in E. 19 (§ 103) vorgesehene Aufenthaltsverbot und das in E. 25 (§ 52) genannte Wirtshausverbot. Mit Recht glaubte der Entwurf dieser Vorschriften entraten zu können, da ihre Durchführung in großen Städten fast unmöglich ist und in keinem Verhältnis zu dem Nutzen der Maßregel steht.

Die bisher nur in Verwaltungsvorschriften der Länder geregelte Möglichkeit, den Vollzug einer Strafe von dem künftigen Verhalten des Verurteilten abhängig zu machen, ist nunmehr in die neueren Entwürfe[28]) aufgenommen worden. Das Gericht kann danach bedingten Straferlaß gewähren, wenn auf eine Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten erkannt worden ist und der Verurteilte nach seiner Persönlichkeit, seinem Vorleben und seinem Verhalten nach der Tat die Erwartung begründet, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde. Nach einer Probezeit von 2 bis 5 Jahren gilt die Strafe als erlassen, wenn sich der Täter während dieser Zeit gut geführt hat; wird diese Bedingung nicht erfüllt, so kann das Gericht Vollstreckung der Strafe anordnen. Während der Probezeit kann der Verurteilte unter Schutzaufsicht gestellt und es können ihm besondere Pflichten (wie die Zahlung einer Geldbuße an die Staatskasse oder die Wiedergutmachung des Schadens) auferlegt werden. Beim einfachen Dieb-

[26]) Begr. S. 47.
[27]) Begr. S. 48.
[28]) §§ 63—73 E. 19; §§ 35—41 E. 25; §§ 40—45 E. 27.

stahl wird von dem bedingten Straferlaß, wie die heutige Praxis beweist, wohl nicht selten Gebrauch gemacht werden, besonders dann, wenn sich der Täter zum ersten Male gegen das Strafgesetz verfehlt hat. In diesen Fällen sollte er regelmäßig für verpflichtet erklärt werden, den angerichteten Schaden wiedergutzumachen.

Die Möglichkeit, einen aus einer strafbaren Handlung entspringenden Schadensersatzanspruch gegen den Täter im Strafverfahren geltend zu machen, hatte der E. 19[29]) eingeführt; in den E. 25 und 27 ist sie nicht vorgesehen. Die Regelung des E. 19, der voraussetzte, daß das Gericht den Schaden ohne Verzögerung des Verfahrens zweifelsfrei feststellen könne, war sehr begrüßenswert: Der Geschädigte brauchte nicht den stets mit mehr oder weniger erheblichen Aufwendungen an Zeit, Mühe und Kosten verbundenen Weg des Zivilprozesses zu beschreiten, und auch die Gefahr einander widersprechender Urteile wurde herabgemindert.[30]) Nunmehr hat der im Jahre 1929 erschienene Entwurf eines Einführungsgesetzes die durch E. 19 gegebene Anregung aufgegriffen und folgende Bestimmung[31]) getroffen: Statt der §§ 403 bis 406 StPO über die Beanspruchung einer Buße wird allgemein vorgesehen, daß derjenige, der durch eine strafbare Handlung verletzt ist und deshalb gegen die Beschuldigten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe hat, den Anspruch im Strafverfahren im Wege der Privatklage oder der Nebenklage geltend machen kann. Für dieses sog. Adhäsionsverfahren sprechen sowohl das Interesse des Verletzten wie insbesondere prozeßökonomische Gesichtspunkte.[32])

Daß der versuchte Diebstahl strafbar ist und strafbar sein muß, bedarf keiner Begründung. Eine Darstellung des Versuchsbegriffs gehört nicht in den Rahmen der Arbeit. Von Interesse ist aber hier die Bestrafung des Versuchs. Nach § 44 StGB gilt der Grundsatz, daß das versuchte Vergehen milder zu bestrafen ist als das vollendete. Die Strafe muß also nach oben um mindestens *eine* Strafeinheit hinter der Höchststrafe des vollendeten Delikts zurückbleiben; nach unten kann sie bis auf ein Viertel des Mindestbetrages ermäßigt werden. Danach ergibt sich als Strafrahmen für den versuchten Diebstahl eine Gefängnisstrafe von 1 Tag bis zu 3¾ Jahren. Dieselbe Regelung traf E. 19.[33]) In scharfem Gegensatz hierzu spricht E. 25[34]) gleiche Strafbarkeit von Versuch und Vollendung aus und räumt nur die *Möglichkeit* ein, den ersteren milder zu bestrafen. Von dieser unverständlichen Bestimmung hat E. 27[35]) Abstand genommen und den

[29]) § 87.
[30]) Denkschr. S. 82.
[31]) Art. 67 Ziffer 210.
[32]) Begr. zum Einführungsgesetz S. 85 f.
[33]) §§ 24, 111, 110 Abs. 3.
[34]) § 23.
[35]) §§ 26, 73.

Grundsatz des geltenden Rechts wieder zur Mußvorschrift erhoben. Nunmehr ist der Strafsatz für den Diebstahlsversuch Gefängnis von 1 Woche bis zu 3¾ Jahren. Außerdem kann anstelle einer an sich verwirkten Gefängnisstrafe von höchstens 3 Monaten auf Geldstrafe von 3—100 000 RM.[36]) erkannt werden, wenn der Strafzweck durch eine solche erreicht werden kann.

[36]) §§ 37, 38.

Drittes Kapitel.

Die qualifizierten Fälle des Diebstahls. (§§ 243, 244, 245, 252 StGB.)

§ 6.

Allgemeines.

Wir haben bisher den Tatbestand des einfachen Diebstahls behandelt. Neben diesem kommen Fälle vor, in denen ein so hoher Grad verbrecherischer Neigung zutage tritt und die durch die besonderen Umstände der Begehung so weit über den Regelfall hinausragen, daß eine Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens keine ausreichende Sühne bedeuten würde. Um nun hier eine gerechte Strafe verhängen zu können, hat das StGB innerhalb des Diebstahls gewisse erschwerende Voraussetzungen hervorgehoben. Zwar muß der Versuch, alle nur möglichen Einzelfälle des Diebstahls im Gesetz tatbestandsmäßig zu erfassen, an den Vielfältigkeiten des täglichen Lebens scheitern. Aber bestimmte typische Schärfungsfälle finden wir schon im altdeutschen Recht. Sie sind historisch bedingt und haben sich bis auf die heutige Zeit in den Gesetzbüchern der Kulturstaaten erhalten. Es sei nur an die Tatbestände des Kirchendiebstahls, des Einbruchdiebstahls und des wiederholten Diebstahls erinnert, die schon in der CCC [1]) besonders aufgeführt sind. Die Gründe, die zur strafrechtlichen Auszeichnung gewisser Fälle geführt haben, sind verschiedener Art. Sie liegen teils im höheren Wert der gestohlenen Sache, teils in dem erhöhten Rechtsfrieden des Tatortes, der besonderen Gefährlichkeit der Tat oder der Person des Täters. Das StGB vermied es, die große Menge von Qualifikationsgründen, die sich in den verschiedenen Partikulargesetzen fanden,[2]) zu wiederholen. Es begnügt sich damit, außer den Sonderfällen der Rückfälligkeit und des räuberischen Diebstahls 7 typische Erschwerungsfälle aufzunehmen. Maßgebend für die schärfere Beurteilung ist heute im wesentlichen die verbrecherische Entschlossenheit des Täters, die auch durch einen verstärkten Besitzschutz sich nicht abschrecken läßt.[3]) Die Entwürfe

[1]) Art. 171, 159, 161—162.
[2]) Vgl. Harburger S. 250 ff. (Im preuß. StGB 15!)
[3]) v. Liszt-Schm. S. 620

sind von dem Bestreben geleitet, die verschiedenen Arten des schweren Diebstahls in ihrer Zahl zu beschränken und das Hauptaugenmerk auf die Behandlung der ganz besonders schweren Fälle zu richten, die vor allem deswegen besonders strafwürdig sind, weil mit ihnen eine erhöhte Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbunden ist und weil sie in der Regel von gewerbsmäßigen Verbrechern begangen werden.[4]) Harburger[5]) hat sich gegen die kasuistische Behandlung des Diebstahls gewandt und den Vorschlag gemacht, es dem Richter zu überlassen, die erschwerenden Umstände im Rahmen der Strafzumessungsgründe entsprechend zu würdigen. Diese Forderung ist abzulehnen: Je nach seiner persönlichen Anschauung wird der eine Richter einen Fall besonders scharf beurteilen, in dem ein anderer einen Erschwerungsgrund nicht finden wird. Das aber würde gerade beim Diebstahl, bei dem sich weit mehr als bei anderen Straftaten bestimmte Schärfungsfälle herausgebildet haben, zu einer unerfreulichen Uneinheitlichkeit in der Beurteilung gleichliegender Fälle führen. Dagegen spricht auch, daß der Gesetzgeber an der geschichtlichen Entwicklung, die den einfachen Diebstahl scharf vom schweren unterscheidet, nicht vorübergehen kann. Es bleibt daher nur der Weg einzelne typische Erschwerungsfälle besonders hervorzuheben. Fraglich ist allerdings, wieweit das Gesetz in der Kasuistik gehen soll.

Schon VE, GE und KE[6]) hatten die „vielfach verunglückte Kasuistik des StGB" vereinfacht. Noch weiter ging E. 19, der in § 360 nur 4 Fälle des schweren Diebstahls aufzählt. E. 25[7]) umfaßt 9 Qualifizierungsgründe, die zum Teil durchaus entbehrlich sind.[8]) In E. 27 sind in § 329 wie im geltenden Recht 7 Fälle enthalten. Der wesentlichste Unterschied besteht darin, daß die meisten Schärfungsfälle nicht mehr als Verbrechen, sondern als Vergehen behandelt sind. Maßgebend für diese Neuregelung waren die Erfahrungen gegenüber der Praxis des geltenden Rechts, die häufig durch unangemessene Zubilligung mildernder Umstände von der Möglichkeit Gebrauch machte, den Täter mit der primär begründeten Zuchthausstrafe zu verschonen. Nach Beobachtungen in der Kriminalstatistik[9]) überwiegen die Verurteilungen wegen schweren Diebstahls zu Gefängnisstrafen gegenüber denen zu Zuchthaus bei weitem. So kam man zu der Erkenntnis, daß die grundsätzliche Androhung von Zuchthausstrafe über das Strafbedürfnis hinausgeht. Die E. 19, 25 und 27 lassen Zuchthaus als Grundstrafe nur noch in den schwersten Fällen des seitherigen schweren Diebstahls eintreten, nämlich wenn der Täter den Diebstahl in einer Weise begeht, bei der erfahrungsgemäß die Möglichkeit eines Wider-

[4]) Denkschr. zu E. 19 S. 303; Begr. zu E. 25 S. 152; E. 27 S. 165.
[5]) S. 369. Ebenso Mannheim S. 344.
[6]) §§ 270 bezw. 298 bezw. 356.
[7]) § 297.
[8]) v. Liszt-Schm. S. 620 f., Mannheim S. 344. Siehe auch w. u.
[9]) Begr. zu E. 27 S. 166.

standes und infolgedessen eine besondere Gefahr für Leib oder Leben anderer besteht.[10]) Diese Voraussetzung liegt beim Einbruch, beim Diebstahl mit Waffen, beim gewerbsmäßigen und räuberischen Diebstahl vor. Die anderen Fälle des schweren Diebstahls sind nach den neueren Entwürfen nur noch Vergehen, bei denen eine Erhöhung des Mindestmaßes der Gefängnisstrafe und nur in besonders schweren Fällen Zuchthausstrafe Platz greift.

Bei der nunmehr folgenden Behandlung der einzelnen Fälle halten wir uns zweckmäßig an die Einteilung des geltenden Rechts, und zwar sollen die Tatbestände, die sich schon im StGB finden, sowie ihre Erweiterung und Fortentwicklung in § 7 erörtert werden, während die in den Entwürfen neu geschaffenen Tatbestände in § 8 dargestellt werden sollen.

[10]) Denkschr. zu E. 19 S. 304, Begr. zu E. 25 S. 152, E. 27 S. 166.

§ 7.

Die einzelnen Tatbestände des geltenden Rechts im Vergleich zu denen der neueren Strafgesetzentwürfe.

A. Kirchendiebstahl.

Von jeher ist der Kirchendiebstahl als besonders verwerflich und strafwürdig angesehen worden. Die Gründe, die diese Diebstahlsart als schwere qualifizieren, sind verschiedene. Einmal richtet sich die Handlung gegen das religiöse Gefühl anderer, welches der Täter durch die Mißachtung des erhöhten Rechtsfriedens des Tatortes und der gestohlenen Sache verletzt. Zum andern soll die größere Diebstahlsgefahr, die in der häufig jedermann leichten Zugänglichkeit der Gotteshäuser und der in ihnen aufgestellten Gegenstände begründet ist, durch die Androhung einer strengeren Bestrafung gebannt werden.

Das StGB behandelt den Kirchendiebstahl in § 243 Nr. 1. Danach ist wegen schweren Diebstahls zu bestrafen, „wer aus einem zum Gottesdienst bestimmten Gebäude Gegenstände stiehlt, welche dem Gottesdienst gewidmet sind". Diese aus dem preuß. StGB[1]) übernommene Fassung behielten die Entwürfe bis 1919 bei.

Gebäude ist ein unbewegliches, mit dem Erdboden in fester Verbindung stehendes Bauwerk von einem solchen räumlichen Umfange, daß der Eintritt von Menschen möglich ist.[2]) Ob auch ein Gebäudeteil hierher zu rechnen ist, ist streitig.[3]) M. E. rechtfertigt es der Begriff „Gebäude", darunter auch einen Raum zu fassen, der nur Bestandteil eines zu gottesdienstlichen Zwecken bestimmten und benutz-

[1]) § 218.

[2]) E. 7 S. 263. Aehnlich Frank III 1a.

[3]) Bejahend Binding I S. 297, Harburger S. 253. Verneinend Frank II 1.

ten Hauses ist, wie die an eine Kirche angebaute Sakristei.[4]) Wird andererseits nur ein Teil eines im übrigen profanen Gebäudes zu gottesdienstlichen Zwecken benutzt, so ist das Gebäude eben insoweit zum Gottesdienst bestimmt. Diese Auslegung ist nach dem Sinne und dem Zwecke dieser Strafbestimmung begründet. Es ist daher nicht erforderlich, das Wort „Gebäude" etwa durch „Raum" zu ersetzen, wenn auch zuzugeben ist, daß dadurch die schon bisher herrschende Lehre auch im Gesetzestext ihren unanfechtbaren Niederschlag finden würde. Erhöhten strafrechtlichen Schutz genießt nur das Gebäude, das tatsächlich gottesdienstlichen Zwecken überwiesen ist, wobei als Gottesdienst die zur religiösen Erbauung vereinigter Mitglieder einer Religionsgemeinschaft nach ihren Formen und Gebräuchen stattfindende Anbetung und Verehrung Gottes zu verstehen ist.[5]) Eine Waldkapelle, die nicht zur Versammlung der Gemeinde dient, sondern lediglich von vereinzelten Personen zum privaten Gebet benutzt wird, gehört ebensowenig hierher wie die neben einer Kirche erbaute Sakristei.

Objekte des Kirchendiebstahls sind nur „die dem Gottesdienst gewidmeten Gegenstände", das sind solche, die dazu bestimmt sind, daß an ihnen oder mit ihnen gottesdienstliche Verrichtungen vorgenommen werden.[6]) Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist nach den rituellen Grundsätzen der in Betracht kommenden Religionsgesellschaft zu entscheiden. Das Reichsgericht legt den Begriff weit aus und rechnet hierher nicht nur diejenigen Gegenstände, die unmittelbar zu sakralen Handlungen bestimmt sind, sondern alles das, was zur inneren Erbauung der Kirchenbesucher dienen soll, also auch Statuen, Bilder, Altarkerzen.[7]) Nicht hierhin gehören dem Privatgebrauch beim Gottesdienst dienende Sachen, z. B. Bänke, Stühle, Gesangbücher, sowie solche, die nur Inventar des Gebäudes darstellen, z. B. Klingelbeutel, Opferstöcke, Oefen, Lampen.

Die E. 25 und 27[8]) sind von der bisher besprochenen Fassung abgewichen und wollen wegen schweren Diebstahls bestrafen, „wenn aus einem religiösen Gebrauch dienenden Gebäude eine Sache gestohlen wird, die den Gegenstand religiöser Verehrung bildet oder religiösem Gebrauch gewidmet ist". Diese Formulierung bedeutet sachlich eine geringe Aenderung,[9]) die sich jedoch praktisch kaum auswirken wird; andernfalls wäre zu der Abweichung auch in der Begründung zu den Entwürfen Stellung genommen worden: Das Gebäude soll in Zukunft nicht mehr „zum Gottesdienst bestimmt" sein, sondern „religiösem Gebrauch dienen". Diese erweiterte Wortfassung ist zu begrüßen:

[4]) So auch E. 45 S. 243.
[5]) Rspr. 7, S. 363; Frank zu § 167; I 1.
[6]) Olshausen 3, v. Liszt-Schm. S. 621, Merkel S. 674, Frank II 2.
[7]) E. 53 S. 144.
[8]) §§ 297 Nr. 6, 329 Nr. 5.
[9]) A. A. Olshausen zu § 243 Ziff. 4, Abs. 5.

Durch die Ausschaltung des engen Begriffs „Gottesdienst" ist es nunmehr möglich, auch den wegen Kirchendiebstahls zu bestrafen, der zu religiösem Gebrauch bestimmte Gegenstände aus einer einsamen Kapelle oder einer neben einer Kirche erbauten Sakristei entwendet. Durch die Umänderung des „dem Gottesdienst gewidmeten Gegenstandes" in eine „religiösem Gebrauch dienende Sache" und die Erweiterung des Tatbestandes auf „die den Gegenstand religiöser Verehrung bildenden Sachen" wird klargestellt, daß alle bei einzelnen gottesdienstlichen Verrichtungen benutzten und zur inneren Erbauung dienenden Sachen der strengeren Bestrafung unterfallen. Nicht als Kirchendiebstahl anzusehen ist auch nach den E. 25 und 27 die Entwendung bloßer Kircheninventarstücke: Bei ihnen fehlt es an einem der Gründe für die strengere Bestrafung, der Verletzung des religiösen Empfindens anderer.

B. Einbruchsdiebstahl, Nachschlüsseldiebstahl, Diebstahl unter Sicherungsbruch.

Die am häufigsten vorkommende Begehungsart des schweren Diebstahls ist der Einbruch. Die Gründe für die Strafschärfung liegen einerseits darin, daß der Dieb durch die Ueberwindung von Sicherungsvorrichtungen und Widerständen gegen die Wegnahme der Sache eine besonders strafwürdige Hartnäckigkeit des verbrecherischen Willens bekundet, andererseits in der besonderen Gefährlichkeit, die darin besteht, daß die Tat häufig zu blutigen Ausschreitungen führt.[10])

Nach § 243 Nr. 2 StGB wird wegen Einbruchsdiebstahls bestraft, wer „aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen stiehlt". Wesentliche Tatbestandsmerkmale sind also der Begehungsort und die Begehungsart. Nach dem Sprachgebrauch wird bei den verschiedenartigsten Raumbildungen größeren oder geringeren Umfangs von „umschlossenem Raum" gesprochen, so daß es denkbar erscheinen könnte, alle nur möglichen Räumlichkeiten, wie Schiffe, Luftschiffe, Künstlerwagen, einzelne Zimmer usw. hierher zu rechnen. Aus der Entstehungsgeschichte dieses Tatbestandes,[11]) der Gegenüberstellung von Gebäude, Behältnis und umschlossenem Raum und einem Vergleich mit § 247 Nr. 7, der unter den zu schützenden Räumlichkeiten Schiffe besonders hervorhebt, ergibt sich jedoch, daß hier ein bestimmter engerer Raum gemeint ist. Die herrschende Lehre versteht darunter einen abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der nach außen hin durch eine geeignete Schutzvorrichtung gegen das Eindringen gesichert ist.[12]) Da nach dieser Definition einzelne Räume in einem Gebäude

[10]) Begr. zu E. 27 S. 168.

[11]) Goltd. Mat. II S. 478 f.

[12]) LK. § 243 III 2 zu Nr. 2, Frank § 243 III II b, Olshausen § 243 Nr. 7, E. 4, 164; 50, 73; 55, 153.

keine umschlossenen Räume sind, sieht die herrschende Lehre und Praxis sie in Widerspruch zu dem üblichen Sprachgebrauch als Behältnisse im Sinne derselben Bestimmung an.[13]) Schiffe stehen nur unter erhöhtem Strafschutz, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 243 Nr. 7 StGB vorliegen, d. h. wenn sie bewohnt sind und die Tat zur Nachtzeit begangen wird.[14])

Diese Einschränkung haben die sämtlichen neueren Entwürfe beseitigt, in der richtigen Erkenntnis, daß sich der Schutz gegen Einbruch auf alle Räumlichkeiten erstrecken muß, in die der Natur der Sache nach ein Einbruch oder ein sonstiges Eindringen möglich ist und in denen der Dieb auf den Widerstand eines anderen stoßen kann.[15]) Der gesetzgeberische Grund für die Strafschärfung, die Gefahr eines Zusammenstoßes und die besondere verbrecherische Energie, besteht in allen diesen Fällen. Es ist daher zu begrüßen, wenn im künftigen Strafrecht[16]) Gebäude, Wohnungen, Geschäftsräume, Schiffe, auch wenn sie nicht bewohnt werden, sowie andere umschlossene Räume in gleicher Weise geschützt werden. Durch die Fassung „ein Schiff oder einen a n d e r n umschlossenen Raum" ist zum Ausdruck gebracht, daß die enge Auslegung dieses Begriffs nicht mehr gerechtfertigt ist, so daß nunmehr auch Schiffe, einzelne Zimmer, Flugzeuge, Wohnwagen, Eisenbahnwagen usw. des erhöhten Rechtsfriedens teilhaftig sind.

Als Begehungsarten sieht das geltende Recht Einbruch, Einsteigen und Erbrechen von Behältnissen vor. Einbruch ist eine mit Gewalt bewirkte Oeffnung, die aber weder eine Zerstörung oder Beschädigung der Substanz, noch auch einen besonderen Aufwand von Kraft bedingt.[17]) Einsteigen bedeutet Betreten eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes auf zum Eintritt regelmäßig nicht bestimmtem Wege unter Ueberwindung eines entgegenstehenden Hindernisses.[18]) Unter „Erbrechen von Behältnissen" ist die gewaltsame Eröffnung von zur Aufbewahrung von Sachen verwendeten Gegenständen (mit Ausnahme des „Gebäudes" und „umschlossenen Raumes") zu verstehen.[19]) Die Ueberwindung besonderer Schwierigkeiten ist nicht Voraussetzung,

[13]) Olshausen Nr. 22, L. K. III 2 zu Nr. 2, E. u. a. 1, 216; 14, 226; 53, 268; 60, 379.

[14]) S. w. u.

[15]) Denkschr. zu E. 19 S. 307, Begr. zu E. 25 S. 155, E. 27 S. 168.

[16]) §§ 361 Abs. 1 E. 19; 298 Abs. 1 E. 25; 330 Abs. 1 E. 27.

[17]) So die herrschende Meinung: L. K. III 4 zu Nr. 2, Binding I S. 299, E. 4, 353, Rspr. 9, 381. A. A. Frank III 2a, Olshausen Nr. 17, v. Liszt-Schm. § 128.

[18]) So im wesentlichen die herrschende Lehre: Frank III 2b, Olshausen Nr. 19, L. K. III 5 zu Nr. 2, E. 4, 175; 20, 209.

[19]) So die herrschende Lehre: L. K. III 6b zu Nr. 2, E. 44, 74; 51, 112. A. A. Frank III, Olshausen Nr. 23, v. Liszt-Schm. § 128, die eine Verletzung der Sachsubstanz verlangen.

sondern nur, daß das Behältnis zur Verwahrung und als Schutzmittel gegen die Eingriffe Dritter bestimmt ist und einen entsprechenden Verschluß aufweist.[20]) Die Ansicht des Reichsgerichts,[21]) auch der mittels Eröffnung eines zugeklebten Briefumschlages begangene Diebstahl falle unter diese Vorschrift, ist abzulehnen, da das Behältnis hier nur die Bestimmung hat, das Briefgeheimnis zu wahren und die Beförderung zu erleichtern. Zu beachten ist, daß, wie sich aus der Präposition „aus" ergibt, das Objekt sich in dem Gebäude befunden haben und das Erbrechen des Behältnisses innerhalb des Gebäudes oder umschlossenen Raumes erfolgen muß.[22]) Dabei ist jedoch nicht erforderlich, daß das Objekt des Diebstahls sich gerade in dem erbrochenen Behältnis befindet. Wer z. B. unter Erbrechen von Behältnissen einen Schlüssel wegnimmt, damit den Geldschrank öffnet und diesem Geld entnimmt, dann den Schlüssel wieder an seinen Platz legt, ist wegen schweren Diebstahls nach § 243 Nr. 2 StGB zu bestrafen.[23]) Wer dagegen das ganze Behältnis mitnimmt und es erst später aufbricht, um sich seines Inhalts zu bemächtigen, begeht nur einen einfachen Diebstahl. Diese für den Laien unverständliche und kriminalpolitisch bedauerliche, aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu umgehende Unterscheidung haben die neueren Entwürfe beseitigt.

Was zunächst die systematische Stellung der Tatbestände angeht, so ist in den E. 19, 25 und 27 der Diebstahl „mittels Erbrechens von Behältnissen" von den anderen Fällen des Einbruchdiebstahls getrennt und als besondere Bestimmung unter der Bezeichnung „Diebstahl unter Sicherungsbruch" aufgenommen worden.[24]) Während noch E. 19 den Tatbestand ziemlich eng faßte,[25]) bringen die E. 25 und 27 durch die Formulierung: „Wer eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder in anderer Weise gegen Wegnahme besonders gesichert ist", einen der diesem Delikt zugrundeliegenden Grundgedanken — nämlich jeder besonderen Sicherungsmaßregel auch einen erhöhten Schutz zu gewähren — in allgemeiner Form zum Ausdruck. Der Gesetzgeber geht jedoch insofern über das Ziel hinaus, als er durch die zweite Alternative dem richterlichen Ermessen einen zu großen Spielraum einräumt. Mit Recht weist Mannheim[26]) darauf hin, daß die meisten Sachen — jedenfalls nach Ansicht ihres Besitzers — besonders gesichert sind. Auch der Dieb, der ein Kleidungsstück aus einer Garderobe entwendet oder einem anderen die Brieftasche aus der zugeknöpften Rocktasche wegnimmt, fiele evtl. hierunter. Solchen Gegenständen erhöhten Strafschutz zu gewähren, erscheint aber nicht ge-

[20]) E. 20, 165.
[21]) E. 54, 295.
[22]) E. 7, 419; 11, 208; 30, 388; Olshausen Nr. 24.
[23]) Vgl. Rspr. 2, 102; E. 40, 153.
[24]) E. 19 § 360 Nr. 4; E. 25 § 297 Nr. 1; E. 27 § 329 Nr. 1.
[25]) „Wer eine Sache aus einem verschlossenen Behältnis stiehlt."
[26]) S. 345.

rechtfertigt. Es würde für das Strafbedürfnis genügen, wenn die Wendung „in anderer Weise" durch die Worte „durch Verschluß" ersetzt würde,[27]) wodurch klargestellt wäre, daß in anderen Fällen die Strafe des einfachen Diebstahls Platz zu greifen hätte. Durch diese Fassung würden, was die Entwürfe bezwecken,[28]) nicht nur verschlossene, sondern auch angeschlossene Gegenstände, wie Fahrräder u. a. geschützt werden. Die sachlich nicht begründete Einschränkung, daß sich das Behältnis in einem Gebäude oder umschlossenen Raum befunden haben und dort aufgebrochen sein muß, lassen sämtliche Entwürfe[29]) endgültig fallen. Schwerer Diebstahl liegt aber auch dann vor, wenn der Täter den gestohlenen Schmuck in der verschlossenen Kassette wegnimmt oder wenn jemand das Geldbehältnis eines auf offener Straße stehenden Automaten erbricht . Im übrigen muß es sich um ein „verschlossenes" Behältnis handeln. Die Begründung zum E. 27 führt dazu aus, daß ein Schloß im eigentlichen Sinne nicht erforderlich sei. Der Verschluß müsse jedoch dazu dienen, vor Wegnahme zu schützen. In deutlichem Gegensatz zu dem oben zitierten Urteil des Reichsgerichts wird darauf hingewiesen, daß ein Briefumschlag nicht hierher gehöre, da er dazu bestimmt sei, den Inhalt des Briefes fremden Augen zu verbergen. Von einem Verschluß kann dann nicht gesprochen werden, wenn jedermann ohne weitere Schwierigkeit zu der Sache gelangen kann, also z. B. dann, wenn der Schlüssel im Schloß steckt. Zu billigen ist es, daß irgendeine Gewaltanwendung nicht mehr erfordert wird, sondern daß es gleichgültig ist, wie der Täter das Behältnis öffnet, wenn er nur dadurch eine besondere Hartnäckigkeit seiner verbrecherischen Gesinnung zeigt. Diese wird aber erkennbar durch die Ueberwindung der Schutzvorrichtung der Sache.

In § 243 Nr. 3 StGB behandelt das geltende Recht den Nachschlüsseldiebstahl. Dieser liegt vor, wenn der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Türen oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden". Qualifikationsgrund ist also in erster Linie die Art und Weise, wie die Tat ausgeführt wird. Wegen der Begriffe „Gebäude", „umschlossener Raum" und „Behältnis" sei auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen. Als Angriffsmittel kommen zunächst in Betracht nachgemachte und gefälschte Schlüssel, die nie zur Eröffnung der fraglichen Türe bezw. des Behältnisses gedient haben, sowie vor allem Dietriche und ähnliche Werkzeuge. Aber nicht nur die Schlüssel sind falsche, die für das betreffende Schloß ordnungswidrig angefertigt worden sind.[30]) Diese Auslegung ist zu eng und würde den erforderlichen

[27]) Mannheim S. 345.
[28]) Begr. zu E. 25 S. 152 ; E. 27 S. 166.
[29]) Auch VE. § 270 Nr. 4; GE § 298 Nr. 5 ; KE § 356 Nr. 4.
[30]) Merkel S. 679.

Strafschutz nicht gewähren, da dann derjenige, der zufällig einen zur Türe eines anderen Hauses passenden Schlüssel besitzt, nicht wegen schweren Diebstahls bestraft werden könnte. Das entscheidende Merkmal ist vielmehr der Wille des Berechtigten, der den echten Schlüssel dadurch, daß er ihn durch ein nach außen hin erkennbares Verhalten, z. B. ständige Ingebrauchnahme eines anderen Schlüssels oder Aufgeben der Suche nach einem verlorenen, seiner früheren Zweckbestimmung entkleidet, zu einem „falschen" macht.[31]) So ist z. B. ein Schlüssel, den der ausgezogene Mieter mitgenommen hat, ein falscher, wenn der Eigentümer damit rechnet, ihn nicht zurückzubekommen. Dem falschen Schlüssel sind gleichgestellt andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge, das sind solche, die den eigentümlichen Mechanismus der Verschlußvorrichtung in Bewegung setzen und dadurch die Eröffnung herbeiführen.[32]) Wo sich die gestohlenen Sachen befinden, ist im Gegensatz zu § 243 Nr. 2 gleichgültig.

Dieser im geltenden Recht in einer besonderen Bestimmung behandelte Nachschlüsseldiebstahl geht nach sämtlichen Entwürfen[33]) im „Einbruch" auf. Außer den schon besprochenen Tatbestandsmerkmalen des Einbruchs und Einsteigens nennt nunmehr E. 27 als weitere Begehungsart das „Eindringen mittels eines falschen Schlüssels, Dietrichs oder eines anderen nicht zur ordnungsmäßigen Oeffnung bestimmten Werkzeugs".[34]) Diese Neuordnung ist zu begrüßen: Im künftigen Recht sind somit alle die Fälle, bei denen die strengere Strafbarkeit vorzugsweise durch das Mittel der Ausführung begründet ist, in einem Tatbestand zusammengefaßt.

Seit E. 19 haben die Entwürfe noch eine Begehungsart des Nachtdiebstahls (§ 243 Nr. 7 tSGB) als Mittel des Einbruchs übernommen: Auch wer einen Diebstahl begeht, indem er sich in den geschützten Raum „einschleicht" oder sich darin „verborgen hält", hat diese Strafvorschrift realisiert. Nach geltendem Recht wird das Einschleichen nur dann als Erschwerungsgrund behandelt, wenn der Täter zur Nachtzeit in bewohnten Gebäuden stiehlt.[35]) Diese Einschränkung ist nicht berechtigt. Der Dieb, der sich am hellen Tage in einen Geschäftsraum einschleicht, bekundet dadurch kein geringeres Maß verbrecherischer Energie, als wenn er die gleiche Handlung in der Nacht vornimmt. Gegenüber dem E. 19, der nur das Einschleichen erwähnt, im

---

[31]) Dabei ist zu beachten, daß dem Täter der Wille des Bestimmungsberechtigten bekannt sein muß. E. 52, 84; 53, 101.

[32]) Frank IV 2, L. K. III 2 zu Nr. 3, Olshausen Nr. 31, v. Liszt-Schm. § 128, E. 52, 321.

[33]) VE. § 270 Nr. 4, GE. § 298 Nr. 5, KE. § 356 Nr. 4, E. 19 § 361 Abs. 1, E. 25 § 298 Abs. 1, E. 27 § 330 Abs. 1.

[34]) Ueberflüssig ist die Hervorhebung des Dietrichs, da dieser schon heute mit Recht immer als typisches Beispiel für die Angriffswerkzeuge genannt wurde.

[35]) S. w. u.

übrigen aber in der Denkschrift [36]) darauf hinweist, daß auch der heimliche Aufenthalt in einem Gebäude oder umschlossenen Raum unter diesen Begriff subsumiert werden könne, ist den E. 25 und 27 der Vorzug zu geben, weil sie das Sichverborgenhalten neben dem Einschleichen besonders aufführen.

Zusammenfassend ist zu der systematischen Stellung der in Rede stehenden Tatbestände im StGB und in den neueren Entwürfen zu sagen: Aus dem Einbruchsdiebstahl haben die Entwürfe den Fall des „Erbrechens von Behältnissen" ausgeschieden und ihn als „Diebstahl unter Sicherungsbruch" in einer besonderen Bestimmung behandelt. Andererseits hat der künftige Tatbestand des „Einbruchs" den „Nachschlüsseldiebstahl" und einen Teil des bisherigen „nächtlichen Diebstahls" übernommen. Der Vorzug dieser Regelung liegt in der Zusammenfassung verwandter bezw. der Trennung nicht zueinandergehöriger Tatbestände.

C. Transport- oder Beförderungsdiebstahl. (Verkehrsdiebstahl.)

Der umstrittenste Tatbestand des schweren Diebstahls ist der Transport- oder Beförderungsdiebstahl, dessen Regelung in § 243 Nr. 4 StGB fast wörtlich der Vorschrift des § 215 Nr. 5 des preuß. StGB entnommen ist, die ihrerseits wieder auf §§ 1178, 1179 des Allgemeinen Landrechts zurückgeht. Nach geltendem Recht tritt die erhöhte Strafe dann ein, „wenn auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mittels Abschneiden oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird". Für einen Nichtjuristen wird es nicht so ganz einfach sein, sich in dieser Bestimmung zurechtzufinden und ihre mannigfaltigen Erscheinungsformen zu überblicken. Der Richter hat sich bei der Beurteilung derartiger Fälle drei Fragen vorzulegen: Wo, was, wie ist gestohlen worden? Als Begehungsort kommen in Betracht: 1. Die Beförderungswege (öffentlicher Weg, Straße, öffentlicher Platz, Wasserstraße); 2. die Beförderungsmittel (Eisenbahn); 3. die den Beförderungsanstalten gehörenden Gebäude usw. (Postgebäude und dazu gehöriger Hofraum, Eisenbahnhof). Objekt des Transportdiebstahls ist nur eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache. Die Begehungsart muß auf eine besondere Hartnäckigkeit des verbrecherischen Entschlusses schließen lassen, der Diebstahl also in qualifizierter Form ausgeführt sein (mittels Abschneidens oder Ablösens der Be

[36]) S. 308.

festigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge). Bedenkt man das gesetzgeberische Motiv für die strengere Bestrafung dieser Fälle, so kommt man zu dem Ergebnis, daß das geltende Recht den erforderlichen Strafschutz nicht in hinreichendem Maße gewährt. Die Gründe für die besondere Strafwürdigkeit liegen darin, daß den auf den öffentlichen Wegen und in den öffentlichen Verkehrsanstalten befindlichen Sachen, die mehr als andere der Gefahr des Diebstahls ausgesetzt sind, ein besonderer Schutz gewährt und dadurch die Sicherheit des Verkehrs erhöht werden soll.[37]) Diese Erkenntnis hat dazu geführt, die Forderung nach einer Erweiterung des Tatbestandes zu erheben. Es entspricht nicht mehr der Entwicklung des heutigen Verkehrs, den erhöhten Strafschutz auf die im StGB aufgezählten Verkehrsmittel und Transportanstalten zu beschränken. Außer Eisenbahn und Post verdienen auch alle anderen zum öffentlichen Verkehr bestimmten Unternehmungen besonderer Sicherung unterstellt zu werden. Man denke an Schifffahrtsgesellschaften, Omnibusse, Flugzeuge und die mit der Zuführung von Reisegepäck nach den Bahnhöfen befaßten Unternehmen, die sich heute dem Verkehr eingegliedert haben und sogar eine beachtliche Konkurrenz für die früher als Beförderungsmittel allein in Frage kommenden Betriebe der Eisenbahn und der Post bedeuten. So sehr daher eine Erweiterung der Bestimmung hinsichtlich des Tatortes durch Aufstellung eines allgemeinen Begriffes des Verkehrsunternehmens zu wünschen wäre, muß doch davor gewarnt werden, den Strafschutz durch eine mögliche Ausdehnung auf im Einzelfalle benutzte Gelegenheitsfuhrwerke zu überspannen. Hier treffen die Gründe für die besondere Strafwürdigkeit nicht zu, da sich der Reisende in ausreichendem Maße selbst schützen kann. Aus demselben Grunde ist es nicht erforderlich, die Entwendung eines Gegenstandes, den ein auf der Landstraße wandernder Tourist bei sich führt, der erhöhten Strafbestimmung zu unterstellen, wie das nach geltendem Recht der Fall ist.[38]) Diesen Erwägungen tragen, wenn man von dem GE. § 298 Nr. 4 absieht, erstmalig die neueren Entwürfe[39]) Rechnung, indem sie als schweren Diebstahl bestrafen die Entwendung „in oder aus Räumen oder Beförderungsmitteln eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Unternehmens, insbesondere einer Eisenbahn oder der Post". Durch diese Fassung ist auch einer zu weitgehenden Auslegung vorgebeugt: Denn Tatort sind nur Räume oder Beförderungsmittel von Unternehmen, das sind größere Veranstaltungen.[40])

---

[37]) E. 6, 395; 43, 317.

[38]) Frank V, Olshausen Nr. 38.

[39]) §360 Nr. 3 E. 19 (mit dem unwesentlichen Unterschied, daß die Worte „in oder" weggelassen sind), § 297 Nr. 3 E. 25, § 329 Nr. 2 E. 27.

[40]) Denkschr. zu E. 19 S. 306, Begr. zu E. 25 S. 154, E. 27 S. 167.

Ein weiterer Grund für die Straferhöhung liegt in dem besonders befriedeten Objekt, nämlich einer zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörenden Sache. Gegenstände der Beförderung sind solche Sachen, die zur Beförderung bestimmt sind. Unter diesen Begriff fällt auch das Reisegepäck, das als häufigstes Beförderungsobjekt besonders hervorgehoben wird. Dagegen gehören nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht alle Sachen hierher, die ein auf der Reise begriffener Mensch mit sich führt, so z. B. nicht offen getragene Stöcke oder Schirme und in der Tasche befindliche Gegenstände: Sie sind nicht Reisegepäck, da es an einer Verpackung fehlt, und auch unter den Oberbegriff fallen sie nicht, da sie nicht zur selbständigen Beförderung bestimmt sind.[41]) Bestritten ist, von welchem Augenblick an und wie lange eine Sache Beförderungsgegenstand im Sinne des § 243 Nr. 4 StGB ist. Fraglich ist auch, ob das Gepäck des Fahrpersonals erhöhten Strafschutz genießt. In dieser Beziehung ist eine klarere Formulierung und eine Erweiterung des Kreises der geschützten Objekte zu fordern. Diesen Wünschen haben die neueren Entwürfe Rechnung getragen, indem sie als Gegenstand des Transportdiebstahls eine Sache bezeichnen, „die dem Unternehmen zur Beförderung übergeben ist oder die ein Fahrgast mit sich führt oder bei sich trägt". Wenn im Gegensatz zu E. 27 E. 19 und 25 noch verlangen, daß die Sache dem Unternehmer zur Beförderung anvertraut" sein muß, so liegt darin keine sachliche Aenderung. Die in allen Entwürfen[42]) vorgeschlagene Ausdehnung des Strafschutzes auf Sachen, die ein Fahrgast mit sich führt oder bei sich trägt, ist zu billigen. Nunmehr sind ohne Zweifel auch Stöcke, Schirme, Briefmappen und alle in der Tasche des Reisenden befindlichen Gegenstände Objekte des Transportdiebstahls. Daß dadurch die Bestimmung unnötig erweitert wäre,[43]) läßt sich nicht sagen. Zwar wird hier der Taschendiebstahl unter höhere Strafe gestellt, den E. 27 — im Gegensatz zu E. 25, also wohl mit Grund — im übrigen nicht als qualifizierten Fall ansieht.[44]) Dem E. 27 kann aber nicht der Vorwurf gemacht werden, durch die Fassung des § 329 Nr. 2 den Taschendiebstahl wieder als Erscheinungsform des schweren Diebstahls behandelt zu haben,[45]) trotzdem absichtlich auf seine Einbeziehung verzichtet worden sei: Denn hier handelt es sich nicht um den allgemeinen Taschendiebstahl, sondern nur um den bei öffentlichen Verkehrsunternehmungen ausgeführten, der auch in E. 25 berücksichtigt ist. Für diesen treffen aber die für die erhöhte Strafbarkeit des Transportdiebstahls angeführten Gründe, nämlich vor allem die besondere Gefahr, der solche Sachen ausgesetzt sind, ebenfalls zu.

[41]) Frank V 2. A. A. E. 6, 394; 43, 317; Olshausen Nr. 38.

[42]) Außer den neueren Entwürfen § 270 Nr. 3 VE; § 298 Nr. 4 GE; § 356 Nr. 3 KE.

[43]) Hofmann S. 52 f.

[44]) S. w. u.

[45]) Ebenso für E. 19 Mannheim S. 345.

Das geltende Recht engt den Tatbestand weiterhin dadurch ein, daß es eine besondere Begehungsart des Diebstahls verlangt. Die Folge war, daß die Gerichte bisher in manchen Fällen nur wegen einfachen Diebstahls verurteilen konnten, während im übrigen objektiv und subjektiv die Voraussetzungen eines schweren Diebstahls vorhanden waren und die Tat besonders verwerflich erschien. Einen wesentlichen Fortschritt bedeutet es daher, daß, wie schon Harburger[46]) gefordert hatte, sämtliche Entwürfe dieses Tatbestandsmerkmal fallen gelassen haben und eine besondere Ausführungsart nicht mehr verlangen.

Entsprechend der weiteren Ausdehnung wird der Tatbestand in E. 27[47]) Verkehrsdiebstahl genannt.

D. Diebstahl mit Waffen.

Der Diebstahl mit Waffen wurde von jeher mit Rücksicht auf seine Gefährlichkeit als qualifizierter Fall behandelt. Sehr bestritten ist aber die Frage, welches der Grund für die strengere Bestrafung ist, die subjektive oder die objektive Gefährlichkeit der Tat, m. a. W., ob die Absicht erforderlich ist, sich evtl. der Waffe zum Angriff oder zur Verteidigung zu bedienen, oder ob der bloße Besitz genügt.

Die Carolina[48]) sieht zweifellos das qualifizierende Moment in der subjektiven Gefährlichkeit, wenn sie voraussetzt, daß der Dieb „mit Waffen, damit er jemand, der ihm Widerstand tun wollt, verletzen möcht", stiehlt. Dieser Auffassung schlossen sich die früheren Entwürfe zum preuß. StGB an. In den späteren Entwürfen und dem preuß. StGB selbst wurde aber die Voraussetzung der absichtlichen Bewaffnung fallen gelassen, und in Uebereinstimmung hiermit verlangt § 243 Nr. 5 StGB, daß „der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahl Waffen bei sich führt". Die Verwendung des Ausdrucks „Beisichführen" läßt erkennen, daß es nach geltendem Recht genügt, wenn der Dieb oder ein Teilnehmer t a t s ä c h l i c h bewaffnet ist. Es kommt also nicht darauf an, ob die Absicht besteht, die Waffe zur gewaltsamen Beseitigung möglicherweise entgegentretender Hindernisse zu gebrauchen.[49]) Das Gesetz sieht also den Grund für die strengere Bestrafung in der objektiven Gefährlichkeit des Waffenbesitzes während der Ausführung der Tat. Man ging bei der Fassung des Tatbestandes von der Ansicht aus, daß die Tatsache der Bewaffnung als genügend zu erachten sei, weil das Recht des Eigentümers, sein Eigentum gegen jeden Eingriff zu verteidigen, beeinträchtigt werde, wenn der Bedrohte in der Hand des Gegners Angriffsmittel sehe. Auch wurde in Betracht gezogen, daß sich der Zweck der Mitführung von Waffen häufig nur

[46]) S. 370 Nr. 13.

[47]) Begr. S. 166.

[48]) Art. 159.

[49]) Selbstverständlich ist nach allgemeinen Grundsätzen Voraussetzung für die erhöhte Strafbarkeit, daß sich der Täter des Besitzes der Waffe bewußt ist.

schwierig feststellen lasse.[50]) Für die Annahme, der Gesetzgeber wolle mit dem Wort „bei sich führen", das mehr bedeute als ein bloßes „Beisichhaben", darauf hinweisen, daß eine bestimmte Absicht vorliegen müsse,[51]) bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte, im Gegenteil: Der bei der Beratung des StGB gestellte Antrag, dem gemeinen Recht entsprechend den Qualifikationsgrund dahin zu bestimmen, daß der Dieb sich mit Waffen „versehen" haben müsse, ist ausdrücklich abgelehnt worden.[52]) So kommen wir mit der herrschenden Lehre[53]) zu der Ansicht, daß es de lege lata zur Bestrafung wegen Diebstahls mit Waffen genügt, wenn der Dieb oder ein Teilnehmer tatsächlich bewaffnet ist.

Mit Recht ist immer wieder dargelegt worden, daß diese Auslegung zu unerträglichen Folgerungen führt. Frank[54]) weist darauf hin, daß jemand, der ein Taschenmesser bei sich zu tragen pflege, überhaupt nur einen schweren Diebstahl begehen könne, und daß ein Dienstmädchen nach § 243 Nr. 5 StGB zu bestrafen sei, wenn es einen Diebstahl begeht, während es gerade einen Säbel seines Herrn zwecks Reparatur zum Waffenschmied trägt. Zwar besteht auch hier die Gefahr, daß der Täter im Falle der Bedrängnis zu dem Entschluß kommt, diese Gegenstände zu gebrauchen. Diese Fälle sind aber nicht geeignet, die erhöhte Strafbarkeit zu rechtfertigen: Denn die Möglichkeit, daß der Dieb sich mit der Faust oder einem erreichbaren Gegenstand in gefährlicher Weise zur Wehr setzt, besteht schließlich bei jedem Diebstahl. Da indes, wie wir oben gesehen haben, das geltende Recht eine einschränkende Auslegung nicht gestattet, bleibt nur die Möglichkeit, in dem neuzufassenden Tatbestand die Absicht der Waffenführung zu berücksichtigen.

Die aufgezeigten Bedenken zu beseitigen, haben die Entwürfe unternommen. Seit dem KE. kommt in sämtlichen Entwürfen zum Ausdruck, daß der Täter, soll er wegen schweren Diebstahls bestraft werden können, die Waffen bei sich führe, „um einen persönlichen Widerstand zu überwinden".[55]) Diese Formulierung bedeutet gegenüber dem geltenden Recht eine wünschenswerte Beschränkung, indem nunmehr klargestellt ist, daß die tatsächliche Mitführung von Waffen nicht genügt, sondern daß der Grund für die besondere Strafwürdigkeit lediglich in der subjektiven Gefährlichkeit des Diebes liegt,

---

[50]) Goltd. Mat. II S. 482 f., Beseler S. 424 f.

[51]) Binding I S. 303, Frank VI, L. K. IIIb zu Nr. 5.

[52]) Merkel S. 680.

[53]) Berner S. 335, Harburger S. 258, Hälschner II S. 326 f., v. Liszt-Schm. S. 624, Merkel S. 680, Olshausen Nr. 46, E. 8, 44; 29, 228; 54, 195.

[54]) VI.

[55]) So E. 27 § 330 Abs. 2. Ohne sachlichen Unterschied setzten E. 19 (§ 361 Abs. 1) und E. 25 (§ 298 Abs. 2) den Nebensatz zu dem Wort „Waffen" in Beziehung („die dazu dienen, einen persönlichen Widerstand zu überwinden").

welcher durch die Bewaffnung seine Absicht kundgibt, ihm etwa entgegentretende Hindernisse mit Gewalt zu beseitigen. Danach wird ein Soldat in Uniform beispielsweise nicht mehr ohne weiteres wegen Diebstahls mit Waffen bestraft werden können.

In einer anderen Beziehung bringen die Entwürfe eine begrüßenswerte Klarstellung durch Erweiterung des Tatbestandes. Bisher war es zweifelhaft, ob der Begriff „Waffe" im technischen Sinne gemeint ist,[56]) oder ob auch andere gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 223a StGB darunterfallen.[57]) Wenn auch die letztere Auffassung die herrschende ist und der ratio legis entspricht, so hatte der Wortlaut des geltenden Rechts doch den Nachteil, daß selbst bei weitester Auslegung die Anwendung gefährlicher Stoffe, wie Vitriol, Pfeffer, Betäubungsmittel die Strafschärfung nicht nach sich ziehen konnte.[58]) Während E. 19 nur „andere Werkzeuge oder Betäubungsmittel" den Waffen gleichstellte, wodurch aber der unter Mitführung von Vitriol oder dergl. begangene Diebstahl nicht als schwerer erscheint, haben die E. 25 und 27 die Zweifelsfrage bedenkenfrei gelöst, indem sie neben der Waffe „ein anderes Werkzeug oder Mittel" besonders hervorheben. Aus dieser Formulierung geht hervor, daß das künftige StGB den Begriff „Waffe" im rein technischen Sinne aufgefaßt wissen will.

E. Bandendiebstahl.

In § 243 Nr. 6 StGB behandelt das geltende Recht den Fall, daß „zu dem Diebstahl mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben". Das Wesen des Delikts liegt in der Verbindung der Täter zur Begehung einer unbestimmten Mehrheit selbständiger im einzelnen noch nicht bestimmter Raub- oder Diebstahlsfälle.[59]) Der Ausdruck „fortgesetzte Begehung" hat nichts mit dem Begriff der fortgesetzten Handlung zu tun. Vielmehr reicht die Verbindung zu einem Diebstahl selbst dann nicht aus, wenn er in Form der fortgesetzten Handlung ausgeführt werden soll.[60]) Andererseits erfordert die Bestimmung nicht, daß der Bandendiebstahl gewerbsmäßig begangen wird, wenn diese Voraussetzung auch in der Mehrzahl der Fälle gegeben ist. Das ist auch der Grund, weshalb dieser Tatbestand seit dem E. 19 als selbständige Erscheinungsart des Diebstahls weggefallen ist,[61]) nachdem die Entwürfe den „gewerbsmäßigen Diebstahl"[62]) als Erschwerungsfall behandeln. Es

[56]) v. Liszt-Schm. § 128, Hälschner II S. 329, Binding I S. 304, Merkel S. 681.

[57]) Frank VI, L. K. IIIb zu Nr. 5, Olshausen Nr. 46, E. 44, 140; Rspr. 5, 558.

[58]) Darauf hatte schon Harburger S. 258, 370 hingewiesen.

[59]) Frank VII, Olshausen Nr. 47, E. 16, 173.

[60]) E. 56, 90.

[61]) Denkschr. zu E. 19 S. 309; Begr. zu E. 25 S. 156; E. 27 S. 169.

[62]) S. w. u.

dürfte aber zu weit gehen, wenn E. 19 und 25 deshalb auf die Hervorhebung des Bandendiebstahls verzichten zu können glaubten, weil derartige Fälle immer gewerbsmäßig begangen würden. Es gibt auch Fälle, bei denen dies nicht zutrifft, bei denen jedenfalls, wie bei der erstmaligen Begehung, der Beweis der Gewerbsmäßigkeit kaum geführt werden kann. Außerdem ist die generalprävenierende Wirkung der Strafandrohung für eine bandenmäßige Vereinigung zur Begehung von Straftaten nicht zu unterschätzen. Es ist daher zu begrüßen, daß die neueren Entwürfe[63]) im Gegensatz zum geltenden Recht und den älteren Entwürfen in dem Abschnitt „Vorbereitung strafbarer Handlungen" eine allgemeine Bestimmung enthalten, wonach die Bildung von Banden zur fortgesetzten Begehung von Verbrechen mit besonderer Strafe geahndet werden soll. Nach E. 27 kommt diese Vorschrift auch zur Anwendung, wenn sich die Banden zur Begehung von Diebstählen, soweit sie nicht Verbrechen sind, zusammengeschlossen haben. Dadurch ist dem Strafbedürfnis in jeder Hinsicht genügt.

Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Täter, die sich zunächst zur Bande verbunden und dann einen Diebstahl begangen haben, wegen Bandenbildung und Diebstahls zu bestrafen wären. Das dürfte dem Sinn des Gesetzes widersprechen. Richtig ist es wohl, hier Gesetzeskonkurrenz, und zwar Subsidiarität, anzunehmen. Die Bestimmung über Bandenbildung ist wohl, wie alle mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlungen (vgl. § 49a StGB), nur als Aushilfsvorschrift anzusehen, die dann nicht in Betracht kommen kann, wenn die Person, die die Handlung vorgenommen hat, wegen Ausführung oder Teilnahme an der Haupttat zu bestrafen ist. Die Tatsache, daß die Diebe Mitglieder einer Bande gewesen sind, kann bei der Strafzumessung entsprechend berücksichtigt werden, besonders dann, wenn die Tat unter erschwerenden Umständen (in den meisten Fällen gewerbsmäßig) begangen worden ist.

F. Nächtlicher Diebstahl.

Als letzten Erschwerungsgrund behandelt das geltende Recht in § 243 Nr. 7 StGB den nächtlichen Diebstahl, der dann vorliegt, wenn die Tat „zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Täter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind". Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem solchen gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleichgeachtet. Danach gehört zum nächtlichen Diebstahl eine besonders befriedete Begehungszeit, ein besonders befriedeter Begehungsort und eine besonders hinterlistige Begehungsart. Das Gesetz gibt keine Erklärung des Begriffs „Nachtzeit". In der Literatur stehen sich zwei Meinungen

[63]) E. 19 § 232 Abs. 2; E. 25 § 183 Abs. 2; E. 27 § 198.

gegenüber: Die einen [64]) bestimmen diesen Begriff nach der ortsüblichen Zeit der Nachtruhe, nach der anderen Ansicht [65]) dauert die Nachtzeit vom Schluß der Abenddämmerung bis zum Beginn der Morgendämmerung. Der Grund der Strafschärfung liegt m. E. darin, daß das Eigentum bei Dunkelheit größerer Gefahr ausgesetzt ist. Im Schutz des Dunkels der Nacht kann der Dieb ungestörter sein Handwerk treiben, der Bestohlene ist in der Verfolgung behindert und leichter tätlichen Angriffen preisgegeben. Dieser Zweck der Vorschrift rechtfertigt es, mit der herrschenden Lehre die Zeit der Dunkelheit als Nachtzeit anzusehen. Es würde sich aber empfehlen, durch Aufnahme einer Begriffsbestimmung [66]) Klarheit zu schaffen, wie dies in § 28 des preuß. StGB und in § 104 Abs. 3 der geltenden Strafprozeßordnung geschehen ist.

Die Begriffe „Gebäude" und „umschlossener Raum" sind dieselben wie in § 243 Nr. 2 und 3 StGB, weshalb auf das oben dazu Gesagte verwiesen werden kann; ein Unterschied besteht nur darin, daß hier das Gebäude bewohnt sein muß, d. h. es muß einem Menschen zur ordnungsmäßigen Nachtruhe dienen. [67])

Die hinterlistige Begehungsweise besteht darin, daß der Täter sich in diebischer Absicht eingeschlichen oder verborgen hatte. Einschleichen ist ein unter möglichster Vermeidung von Geräuschen ausgeführtes heimliches und absichtlich der Wahrnehmung anderer entzogenes Eintreten in ein fremdes Haus. [68]) Gleichgültig ist, ob es schon bei Tage oder erst zur Nachtzeit erfolgt. [69]) Unrichtig ist es, aus der Fassung des Gesetzes „sich eingeschlichen hatte" zu folgern, zwischen Einschleichen und Wegnahme müsse ein gewisser zeitlicher Zwischenraum liegen. [70]) Man wird vielmehr den Gebrauch des Plusquamperfekts für einen Redaktionsfehler halten müssen: Denn hätte das StGB eine Beschränkung des Tatbestandes in der bezeichneten Richtung einführen wollen, so wäre zweifellos eine eindeutige Fassung gewählt worden. Davon abgesehen liegt kein Anlaß vor, den Dieb, der sofort nach dem Einschleichen die Sache weggenommen hat, milder zu bestrafen als den, der erst eine gewisse Zeit verstreichen läßt: Die Strafwürdigkeit der Handlung ist in beiden Fällen die gleiche. Verbergen hat denselben Sinn wie Verstecken. Im Gegensatz zu dem Be-

[64]) Hälschner II S. 332, Berner S. 535, v. Liszt-Schm. § 128.

[65]) Binding I S. 301, Frank VIII, Harburger S. 259, Merkel S. 684, Olshausen Nr. 52, L. K. III 1 zu Nr. 7, E. 3, 209; 54, 269.

[66]) Am besten als für das ganze Gesetz geltende allgemeine Definition in § 9 E. 27 („Sprachgebrauch").

[67]) Frank VIII, Olshausen Nr. 51, v. Liszt-Schm. § 128.

[68]) Frank VIII 3, Olshausen Nr. 56, v. Liszt-Schm. § 128, E. 5, 400; 32, 310.

[69]) Olshausen Nr. 57, Harburger S. 259, v. Liszt-Schm. § 128, Berner S. 536, Merkel S. 684, E. 2, 223; 4, 129.

[70]) Harburger S. 259, Merkel S. 684.

griff des Einschleichens ist Voraussetzung, daß der Täter offen und ohne jede Heimlichkeit das Gebäude betreten hat.[71])

Die neueren Entwürfe kennen den nächtlichen Diebstahl nicht mehr als selbständigen Erschwerungstatbestand. Da jedoch der mittels „Einschleichens und Sichverborgenhaltens" begangene Diebstahl wegen der hinterlistigen Begehungsart als besonders strafwürdig anzusehen ist, werden diese Fälle den anderen ähnlichen Handlungen gleichgestellt und in den Tatbestand des Einbruchs eingereiht. Die Ausführung der Tat zur Nachtzeit bildet dagegen nur noch einen Straferhöhungsgrund, und zwar nicht bei allen Diebstahlsarten, sondern nur beim Einbruchs- und beim bewaffneten Diebstahl,[72]) weil in diesen Fällen die Begehung zur Nachtzeit ungleich gefährlicher ist als am Tage. Durch die Begründungen wird klargestellt, daß es genügt, wenn nur die Wegnahme selbst zur Nachtzeit stattgefunden hat; die erschwerende Handlung kann vorher oder später vorgenommen worden sein.[73])

G. Diebstahl im Rückfall.

Gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Diebstahl.

Als weiteren Strafschärfungsgrund verwendet das geltende Recht den Rückfall (§§ 244, 245 StGB). Die Voraussetzungen der Bestrafung wegen Rückfalldiebstahls sind ihrer zeitlichen Reihenfolge nach folgende:

1. Der Schuldige muß im Inlande als Dieb oder als Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden sein.
2. Die erkannte Strafe muß der Schuldige wenigstens teilweise verbüßt haben, oder sie muß ihm ganz oder teilweise erlassen worden sein.
3. Hierauf muß der Schuldige abermals eine der genannten Handlungen begangen haben.
4. Auch wegen dieser Handlung muß der Schuldige verurteilt worden sein.
5. Die wegen dieser zweiten Tat erkannte Strafe muß der Schuldige wenigstens teilweise verbüßt haben, oder sie muß ihm ganz oder teilweise erlassen worden sein.
6. Seit der Verbüßung oder dem Erlaß der letzten (unter 5) bezeichneten) Strafe dürfen keine 10 Jahre verflossen sein; auch darf der Strafvermerk im Strafregister nach § 5 des Gesetzes über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister vom 9. 4. 1920 nicht getilgt worden sein.[74])

Nur wenn alle diese Voraussetzungen vorliegen, befindet sich der Täter im Rückfall, wobei es gleichgültig ist, ob er einen einfachen oder

[71]) Hälschner II S. 333, Olshausen Nr. 56, L. K. Nr. 3e.
[72]) §§ 361 Abs. 3 E. 19; 298 Abs. 3 E. 25; 330 Abs. 3 E. 27.
[73]) Denkschr. zu E. 19 S. 308; Begr. zu E. 25 S. 155; E. 27 S. 169.
[74]) E. 56, 68.

schweren Diebstahl, einen Diebstahlsversuch, Anstiftung oder Beihilfe dazu begeht.[75]) Diese an enge Grenzen geknüpfte Vorschrift wird in den Entwürfen durch verschiedene weitergehende Bestimmungen ersetzt.

Zunächst läßt E. 19 die Einschränkung, daß Rückfälligkeit nur nach zweimaliger Bestrafung angenommen werden kann, fallen. Das entscheidende Merkmal liegt nach ihm nicht in der Tatsache der Bestrafung, sondern in der Persönlichkeit des Täters, der dadurch, daß er verhältnismäßig kurze Zeit nach der früheren Tat erneut straffällig wird, eine besondere Gefahr für die Rechtsordnung bedeutet.[76]) Eine wesentliche Aenderung trifft der Entwurf insofern, als er die Rückfallsvoraussetzungen und die Grundsätze der Strafberechnung im Allgemeinen Teil regelt: Dadurch wird erreicht, daß in allen Fällen, bei denen der Täter wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, Rückfall vorliegen kann.[77]) Die Rückfallswirkung ist auf 5 Jahre begrenzt.[78])

E. 25[79]) behält die systematische Stellung der Rückfallsbestimmung als allgemeinen Strafschärfungsgrund bei, verlangt aber wieder eine zweimalige Bestrafung und setzt außerdem voraus, daß sich aus der letzten Tat in Verbindung mit den Vortaten ergeben müsse, daß der Täter ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Die glücklichste Lösung trifft E. 27. Er enthält weder im Allgemeinen noch im Besonderen Teil eine Vorschrift, nach der ein Rückfall als solcher zu einer Schärfung der ordentlichen Strafe berechtigt, da der Rückfall kein zuverlässiges Zeichen für einen Hang zum Verbrechen ist.[80]) Vielmehr trifft der Entwurf in § 78 eine allgemeine Bestimmung, nach der gegen einen schon zweimal wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens zu Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilten Täter, wenn er als gemeingefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen ist, in jedem Falle auf eine Zuchthausstrafe erkannt werden darf. Sollte diese Bestimmung jedoch z. B. deshalb nicht angewandt werden können, weil die beiden früheren Taten mit geringerer als 6monatiger Freiheitsstrafe geahndet worden waren, so wird der Schärfungsgrad des „besonders schweren Falles“[81]) eine geeignete Handhabe bieten, den Rückfälligen angemessen zu bestrafen.

Darüber hinaus bedrohen die neueren Entwürfe[82]) den gewerbs-

---

[75]) E. 2, 261; 8, 317; 31, 40; Rspr. 4, 40, 223.

[76]) Denkschr. S. 104 f.

[77]) Das forderte schon Harburger S. 370 f.

[78]) §§ 118, 119.

[79]) § 77.

[80]) Begr. S. 58.

[81]) §§ 360 Abs. 2, 117 E. 19; §§ 297 Abs. 2, 76 E. 25; §§ 329 Abs. 2, 77 E. 27.

[82]) § 362 E. 19; § 299 E. 25; § 331 E. 27.

mäßigen Diebstahl mit besonderer erhöhter Strafe. Mit Recht halten die Entwürfe die Vorschriften des Allgemeinen Teils nicht für ausreichend, um dem gewerbsmäßigen Diebstahl wirksam entgegentreten zu können. Die Bestimmung gegen das Gewohnheitsverbrechertum setzt lediglich die gewohnheitsmäßige Begehung von strafbaren Handlungen überhaupt voraus und schränkt daher die Möglichkeit einer Strafschärfung bei wiederholter Begehung der gleichen Straftat zu sehr ein, zumal ihre Anwendung von verschiedenen Bedingungen abhängig ist.[83]) Eine Begriffsbestimmung der Gewerbsmäßigkeit enthalten die Entwürfe nicht. Aus den Begründungen[83]) jedoch ergibt sich, daß der Täter gewerbsmäßig handelt, wenn er die Absicht hat, sich durch die Diebstähle eine Einnahmequelle zu verschaffen. Trifft dies zu, so genügt nach den Entwürfen ein Diebstahl, um den Täter wegen gewerbsmäßigen Diebstahls zu bestrafen; andererseits braucht diese Strafvorschrift nicht zur Anwendung zu kommen, wenn der Täter bereits mehrmals wegen Diebstahls bestraft worden ist und nach geltendem Recht die Voraussetzungen des Rückfalls gegeben wären. Im allgemeinen wird man aber sagen können, daß die meisten Fälle des Rückfalldiebstahls künftig unter dem Gesichtspunkt des gewerbsmäßigen Diebstahls erfaßt werden können. Mit diesem Tatbestand soll kein Kollektivdelikt aufgestellt werden,[83]) bei dem mit einer Bestrafung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls alle bis zum Urteil begangenen und erst später ruchbar werdenden Diebstähle ohne weiteres konsumiert wären. Vielmehr genügt nach den Entwürfen, die nicht die Gewerbsmäßigkeit des Stehlens, sondern den von einem gewerbsmäßigen Täter ausgeführten Diebstahl sühnen wollen, die unter der Straferschwerung der Gewerbsmäßigkeit begangene Einzeltat zur Verurteilung.

Wir haben also gesehen, daß die verschiedenen Strafvorschriften der Entwürfe genügen, um alle bisher als Rückfalldiebstahl zu bestrafenden Fälle zu treffen. Außerdem wird, wie gesagt, von dem Tatbestand des gewerbsmäßigen Diebstahls die Mehrzahl der Fälle erfaßt, die sich nach geltendem Recht als Bandendiebstahl darstellten.

H. Räuberischer Diebstahl.

Ein weiterer hierher gehörender Fall ist der räuberische Diebstahl, über den § 252 StGB folgendes bestimmt: „Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen". Aus der systematischen Stellung dieses Tatbestandes, den das StGB in Uebereinstimmung mit dem preuß. StGB im Abschnitt „Raub" behandelt, ergeben sich einige Streitfragen.

[83]) Denkschr. zu E. 19 S. 309, Begr. zu E. 25 S. 156; E 27 S. 169.

Ueber die Rechtsnatur des Delikts bestehen zwei Ansichten. Die einen[84]) folgern aus der systematischen Stellung, daß es sich, wie beim Raub, um eine aus dem Diebstahl und der Nötigung zusammengesetzte selbständige raubähnliche Straftat handele. Die andern[85]) nehmen auf Grund der Wendung „gleich einem Räuber zu bestrafen" an, daß ein durch das Merkmal der Nötigung qualifizierter Diebstahl vorliege, der lediglich wegen dieses Schärfungsgrades höher zu bestrafen sei. Interessant ist die Stellungnahme des Reichsgerichts zu diesem Problem. In einer einzigen neueren Entscheidung[86]) hat das Reichsgericht die Auffassung vertreten, daß es sich im Falle des räuberischen Diebstahls um einen straferhöhenden Umstand gegenüber dem einfachen Diebstahl handele. In sämtlichen übrigen Entscheidungen hat es sich im Anschluß an die Motive und die Geschichte auf den Standpunkt gestellt, daß eine Sonderstraftat vorliege, in der der Diebstahl — die einfachen, leichteren und schwereren Fälle — als ein Tatbestandsmerkmal aufgehe. In einem neueren Urteil[87]) hat das Reichsgericht seine abweichende Meinung wieder aufgegeben. Ich möchte mich der in der Literatur vorherrschenden Meinung anschließen, daß es sich hier um einen unter erschwerenden Umständen begangenen Diebstahl handelt. Der Grundtatbestand, der verwirklicht sein muß, ist der Diebstahl. Das qualifizierende Moment, das hinzutreten muß, ist das Verhalten des Diebes nach der Tat, nämlich die Verübung von Gewalt oder Anwendung von Drohungen bestimmter Art als Mittel zur Sicherung des bereits erlangten Gewahrsams. Diese Handlung stellt sich also als Nachtat zu dem schon ausgeführten Diebstahl dar, während das Wesen des Raubs darin liegt, daß die Absicht des Täters – die Wegnahme der Sache in Zueignungsabsicht — nur durch die Anwendung von Gewalt oder Drohung erreicht werden kann. Lediglich die Gleichartigkeit der Mittel und der Rechtsfolgen des Strafschärfungsgrundes wird den Anlaß zur Verweisung des räuberischen Diebstahls in den Raubabschnitt des StGB gegeben haben, während er seiner Rechtsnatur nach systematisch im Anschluß an die Qualifikationsgründe der §§ 243, 244 StGB geregelt werden sollte.

Aus der verschiedenartigen Stellungnahme zu dem Wesen des Delikts ergibt sich die Antwort auf die Frage: Wie verhält sich der räuberische Diebstahl zu den einzelnen Diebstahlsfällen, die gegenüber dem einfachen Diebstahl leges speciales sind, m. a. W.: Wie ist der Diebstahlsbegriff in § 252 StGB auszulegen?

Zweifellos setzt der Tatbestand, wie aus den Worten „um sich im

[84]) So das Reichsgericht in fast ständiger Rechtsprechung: E. 6, 244, 325; 13, 391; 14, 312; 19, 141; Recht 1930 Nr. 927; DRZ. 1930 Rspr. Nr. 410.

[85]) Frank II, Olshausen Nr. 1, Harburger S. 260 f., v. Liszt-Schm. S. 627, Berner S. 541, Merkel S. 722, Hegler IX S. 279, L. K. Nr. 1.

[86]) E 60, 380.

[87]) DRZ. 1930 Rspr. Nr. 410.

Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten" hervorgeht, einen vollendeten Diebstahl voraus,[88]) und unstreitig findet die Vorschrift Anwendung, wenn es sich um ein Vergehen aus § 242 StGB handelt. Darüber hinaus nimmt das Reichsgericht[89]) an, daß auch die Fälle der Entwendung (§§ 248a, 370 Nr. 5 StGB) für den räuberischen Diebstahl in Frage kommen können. Es geht — um den Fall der Verbrauchsmittelentwendung herauszugreifen — davon aus, daß § 370 Nr. 5, da er in subjektiver wie in objektiver Beziehung alle Tatbestandsmerkmale des Diebstahls voraussetze, immer ein Diebstahl bleibe, wenn auch ein besonders milder Fall. Nur zur Unterscheidung von dem gewöhnlichen Diebstahl würden diese Fälle Entwendungen genannt. Da sie aber begrifflich dem Diebstahl zu unterordnen seien, ständen sie unter den in ihnen bezeichneten Voraussetzungen der Anwendung des § 252 (und ebenso des § 249) nicht entgegen. Andererseits führt das Reichsgericht[90]) aus, daß die in § 243 StGB vorgesehenen Strafschärfungsgründe (ebenso wie die anderen Spezialbestimmungen, besonders § 244 StGB) bei Vorliegen der gesetzlichen Merkmale des § 370 Nr 5 außer Betracht zu bleiben hätten. Zur Begründung der Ansicht, daß hier § 243 ausgeschlossen sein soll, werden die Motive zu dem gleichlautenden § 366 Nr. 3 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund herangezogen, in denen es heißt, „daß die Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach den Vorschriften dieses Paragraphen zu beurteilen sind".[91]) Auch wir vertreten den Standpunkt, daß die Qualifikationen des § 243 für die Fälle der §§ 248a und 370 Nr. 5 nicht gelten. Es ist aber unrichtig, die Not- und Verbrauchsmittelentwendung als Erscheinungsarten des Diebstahls anzusehen: Nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich begrifflich nicht um Diebstähle, sondern um selbständige Delikte.[92]) Das bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es in §§ 248a Abs. 3 und 370 Nr. 5 Satz 2 die Straflosigkeit bestimmter Fälle ausspricht, was im Hinblick auf die allgemeine Bestimmung des § 247 Abs. 2 keinen Sinn hätte, wenn die Entwendung als Diebstahl anzusehen wäre. Aus der Selbständigkeit dieser Delikte ergibt sich aber, daß sie niemals dann eingeschlossen sind, wenn das Gesetz von Diebstahl spricht. Nach richtiger Ansicht findet demnach § 252 StGB keine Anwendung, wenn eine Entwendung nach §§ 248a oder 370 Nr. 5 begangen wurde.[93]) Wir können uns auch auf die angezogene Stelle der Motive berufen: Da der räuberische Diebstahl nicht als eine Sonderstraftat, sondern lediglich als ein unter er-

[88]) Wendet also ein Dieb, der im Versuchsstadium betroffen wird, Widerstand an, so liegt Raub vor.

[89]) E. 6, 325; 13, 391. Ebenso Hälschner II S. 377.

[90]) E. 3, 423; 10, 308; 14, 312.

[91]) E. 6, 327; 43, 176.

[92]) Harburger S. 300; Frank §§ 248a I, 370 V.

[93]) Binding I S. 305, Frank II, Olshausen Nr. 2, L. K. 2a, E. 60, 380.

schwerenden Umständen begangener Diebstahl anzusehen ist, können die Entwendungen als nicht mit der Diebstahlsstrafe zu belegende Fälle hier nicht in Betracht kommen, während sie wegen der selbständigen Natur des Raubes evtl. unter diese Vorschrift fallen können.[94]) De lege ferenda sind wir der Ansicht, daß der Täter, der bei einer Entwendung auf frischer Tat betroffen ein Raubmittel anwendet, um sich die gestohlene Sache zu erhalten, sich eine mildere Beurteilung auf Grund der privilegierten Tatbestände verscherzt hat und daß ihn die härtere Strafe des räuberischen Diebstahls treffen muß.

Was das Verhältnis des § 252 zu den Qualifikationen der §§ 243 oder 244 StGB angeht, so ist zu sagen, daß der räuberische Diebstahl, da er ein diesen Diebstahlsarten gleichzuachtender Schärfungstatbestand ist, mit diesen Fällen nicht konkurrieren kann. Begeht z. B. jemand einen Einbruchs- oder Rückfalldiebstahl unter den erschwerenden Umständen des § 252 StGB, so liegt eine Alternativität der Strafdrohung vor, bei der die härtere Strafe anzuwenden ist.[95])

Die Anwendung des § 247 (Haus- und Familiendiebstahl) ist mit Rücksicht darauf, daß der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen ist, ausgeschlossen.[96]) Auf die Frage, ob im Falle des § 252 auch die besonderen Strafdrohungen der §§ 250, 251 anwendbar sind — was die herrschende Lehre[97]) bejaht —, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Der Tatbestand setzt voraus, daß der Täter beim Diebstahl „auf frischer Tat" betroffen worden ist. Dazu genügt es, daß er am Tatort gesehen wurde. § 252 findet also auch Anwendung, wenn der Dieb unmittelbar nach der Tat verfolgt wird.[98]) Außerdem ist erforderlich, daß der Täter mit der Gewaltanwendung oder Drohung bezweckt, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, wobei es gleichgültig ist, ob dieses Ziel tatsächlich erreicht wird; handelt der Täter überwiegend in anderer Absicht, etwa um seine Freiheit zu behaupten, was z. B. aus dem Wegwerfen des Diebesguts geschlossen werden könnte, so ist § 252 unanwendbar.

Die Entwürfe behandeln den räuberischen Diebstahl verschiedenartig. Was zunächst die systematische Stellung angeht, so trat ursprünglich noch keine Trennung vom Raub und Herüberziehung zum Diebstahl ein. Im Gegenteil schlossen die meisten Entwürfe[99]) den

[94]) E. 6, 325.

[95]) Vgl. L. K. 2b, Binding I S. 305, v. Liszt-Schm. S. 627, E. 6, 243. A. A. Frank II 3, Olshausen Nr. 10.

[96]) Binding I S. 312, Frank II, Olshausen Nr. 12, L. K. Nr. 9, v. Liszt-Schm. S. 627.

[97]) Vgl. Frank II 1, Olshausen Nr. 12, v. Liszt-Schm. S. 627, E. 19, 141, Rspr. 4, 242, A. A. L. K. Nr. 9.

[98]) Binding I S. 305, Frank I, Olshausen Nr. 5, L. K. Nr. 3.

[99]) VE. § 274 Abs. 2, GE. § 304 Abs. 2, KE. § 361 Abs. 2, E. 19 § 369 Abs. 2, E. 25 § 305 Abs. 2.

Tatbestand noch enger an den Raub an, indem sie ihn in den den Raub betreffenden Paragraphen als Absatz 2 einreihten. Diese Stellung begründen die Entwürfe mit der „Volksanschauung", die den räuberischen Dieb als Räuber ansehe.[100]) Erst E. 27 regelt im Gegensatz zum Raub (27. Abschnitt) den räuberischen Diebstahl als einen Fall des Diebstahls (§ 332) im gleichen Abschnitt mit diesem und im Anschluß an die schon besprochenen Schärfungstatbestände. In der Begründung[101]) stellt sich der Entwurf eindeutig auf den Standpunkt der in der Literatur herrschenden Lehre, wenn es heißt, daß es sich hier nicht um ein selbständiges Delikt handele, sondern um eine Straftat, bei der dem Merkmal der Nötigung nur die Bedeutung eines Strafschärfungsgrundes für die Bewertung des verübten Diebstahls zukomme. Damit haben eine Reihe von Streitfragen, die sich aus der bisherigen systematischen Stellung der Vorschrift ergaben, ihre Lösung gefunden.

In sachlicher Hinsicht bringen die Entwürfe nur unwesentliche Aenderungen . In KE., E. 19 und E. 25 fällt auf, daß im Tatbestand nicht einfach auf den Diebstahlsbegriff verwiesen wird, sondern daß die dafür bezeichnenden Merkmale wiederholt werden. Dadurch wurde die von uns schon oben erhobene Forderung im Gesetz verankert, daß alle unter den Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls begangenen Taten nur dieser Bestimmung unterliegen, auch wenn sie ohnedies etwa als Entwendung strafbar wären.[102]) E. 27 kehrt in dieser Beziehung zu der Fassung des geltenden Rechts zurück und bestraft denjenigen erhöht, der „bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen Gewalt gegen eine Person anwendet oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht, um sich oder einem anderen die weggenommene Sache zu erhalten oder sich oder einen anderen der Bestrafung zu entziehen". Zu begrüßen ist die doppelte Erweiterung des Tatbestandes: Es genügt nunmehr, daß derjenige, welcher Gewalt ausübt, damit bezweckt, einem „andern", und zwar dem Täter oder Teilnehmer am Diebstahl, die Sache zu erhalten. Damit hat der Entwurf[103]) sich die Ansicht Franks[104]) zu eigen gemacht, daß der Gehilfe des einfachen Diebstahls zum Mittäter des räuberischen werden kann. Die Ausdehnung des subjektiven Tatbestandes auf den Fall, daß der Täter beabsichtigt, sich oder einen andern der Bestrafung zu entziehen, ist deshalb vorteilhaft, weil die aus diesem Beweggrund erfolgten Angriffe gleichfalls eine große Gefahr bedeuten. Im übrigen ist nunmehr die Fassung „gleich einem Räuber" weggefallen und statt dessen ein selbständiger Strafrahmen geschaffen worden, was sehr zur Klarstellung beiträgt.

---

[100]) Z. B. Denkschr. zu E. 19 S. 317, Begr. zu E. 25 S. 160.
[101]) S. 169.
[102]) So auch Olshausen § 249 Nr. 17b.
[103]) Ebenso KE., E. 19, E. 25.
[104]) § 252 III.

Oben wurde darauf hingewiesen, daß nach geltendem Recht die Fälle der Entwendung nicht als Diebstahl im Sinne des § 252 StGB anzusehen seien. Nach dem E. 27 müßte an sich infolge der veränderten Stellung dasselbe gelten. Dem ist aber nicht so. E. 27 schließt den räuberischen Diebstahl ausdrücklich von der Privilegierung (§ 336 Abs. 1) aus, so daß also jemand, der eine Entwendung aus Not unter den Voraussetzungen des § 332 begeht, nicht auf Grund der milderen Bestimmung bestraft werden kann. Dadurch stellt der Entwurf klar, daß ein räuberischer Diebstahl nie als Entwendung angesehen werden kann, während nach der von uns vertretenen Meinung bezüglich des geltenden Rechts eine Entwendung sich nie als räuberischer Diebstahl darstellt. Die ratio legis, insbesondere die Tatsache, daß die Gefährlichkeit des räuberischen Diebstahls zur milden Strafdrohung des § 336 in Widerspruch steht,[105]) spricht zweifellos für die Regelung des Entwurfs. Darauf wird bei der Behandlung der Entwendung[106]) noch einzugehen sein.

[105]) Vgl. Begr. S. 172.

[106]) S. w. u.

§ 8.

Neugeschaffene, im geltenden StGB nicht vorhandene Tatbestände.

A. Diebstahl bei Unfällen.

Unter den Schärfungsfällen, welche die Entwürfe[1]) neu eingestellt haben, ist zunächst der Diebstahl bei Unfällen zu nennen, der dann vorliegt, wenn sich der Dieb die durch Feuers- oder Wassersnot oder durch Unfall oder ähnliche Ereignisse hervorgerufene Bedrängnis eines anderen zunutze macht.[2]) Der gesetzgeberische Grund der Einführung dieses dem österreichischen Strafgesetz nachgebildeten Tatbestandes ist einmal, daß das Eigentum desjenigen, der unverschuldet in Bedrängnis geraten ist, in besonderem Maße schutzbedürftig ist. Nutzt jemand diese Lage zur Begehung eines Diebstahls aus, während der Verletzte doch erwarten kann, daß ihm die Nachbarschaft und sonst Anwesende selbstlos zur Seite stehen und ihm bei der Bergung seiner gefährdeten Sachen behilflich sind,[3]) so bekundet er damit eine besonders niedrige und strafwürdige Gesinnung. Als „Unfälle" oder „ähnliche Ereignisse", durch die eine Bedrängnis hervorgerufen werden kann, sind beispielsweise anzusehen Eisenbahn- und Autounfälle, Erdbeben, Plünderungen, Explosionsunglücke, falscher Feueralarm, Durchgehen scheu gewordener Pferde usw. Da der Tatbestand einen in der Praxis häufig empfundenen Mangel beseitigt, kann er nur begrüßt werden.

[1]) E. 25 § 297 Nr. 4; E. 27 § 329 Nr. 3.

[2]) Enger E. 25, der außer Feuer- und Wassersnot nur einen anderen Unfall hervorhebt.

[3]) Begr. zu E. 27 S. 167.

B. Diebstahl aus Sammlungen.

Während das StGB in § 304 die Zerstörung und Beschädigung von Sammlungsgegenständen als qualifizierten Fall der Sachbeschädigung unter besondere Strafe stellt, ist der Diebstahl an derartigen Gegenständen nicht besonders mit Strafe bedroht. Diese Lücke füllen die Entwürfe[4]) durch einen neuen Tatbestand aus, der in E. 27 folgenden Wortlaut hat: „Wer eine Sache von wissenschaftlicher oder künstlerischer, geschichtlicher oder gewerblicher Bedeutung stiehlt, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung, in einem öffentlichen Gebäude oder an einem anderen öffentlichen Orte befindet, wird wegen schweren Diebstahls . . . . bestraft". Der Grund für die erhöhte Bestrafung liegt einmal darin, daß die der Allgemeinheit dienenden Sachen, die der Gefahr des Diebstahls besonders stark ausgesetzt sind, wegen ihres häufig unersetzlichen Wertes besonders schutzwürdig sind, andererseits in dem groben Mißbrauch des den Besuchern entgegengebrachten Vertrauens, den das Verhalten des Täters darstellt. Ob eine Sache die im Entwurf vorgesehene Bedeutung hat, läßt sich nur im Einzelfall feststellen. Die Bestimmung verlangt nicht, daß die gestohlene Sache einen besonderen Wert haben müsse, wenn es auch in der Begründung[5]) heißt, daß es zu weit gehe, wenn man jede in eine allgemein zugängliche Sammlung aufgenommene Sache mit dem besonderen Strafschutz umkleiden wollte, daß es vielmehr einen Unterschied mache, ob jemand ein an sich wertloses, leicht zu beschaffendes Stück Gestein oder ob er ein wertvolles Bild eines alten Meisters oder eine unersetzliche Handschrift wegnehme. Diese richtige Ansicht kommt aber durch das Wort „Bedeutung" nicht zum Ausdruck. Denn eine Sache von z. B. gewerblicher Bedeutung braucht nicht unbedingt einen hohen Wert zu repräsentieren. Für solche Sachen würde der Strafrahmen des einfachen Diebstahls genügen. Es wäre zu empfehlen, wenn man E. 19 und 25 darin folgen würde, daß das Erfordernis des hohen Wertes besonders hervorgehoben wird, etwa in der Fassung: „Wer eine wissenschaftlich oder künstlerisch, geschichtlich oder gewerblich bedeutende Sache von hohem Werte stiehlt . . . ."

Die Sammlung, in der sich die Sachen befinden, muß allgemein zugänglich sein. Diese Voraussetzung liegt auch dann vor, wenn der Zutritt oder die Benutzung der Sammlung oder einzelner Teile davon von dem Nachweis bestimmter persönlicher Voraussetzungen oder einer besonderen Erlaubnis abhängig gemacht ist, bei Erfüllung gewisser Bedingungen aber doch regelmäßig gewährt wird.[5]) Gleichgültig ist es, ob die Sammlung dem Staat, einer anderen öffentlichen Körperschaft oder einer Privatperson gehört. Die Strafbestimmung trifft auch dann zu, wenn die Sachen sich in einem öffentlichen Gebäude, z. B.

[4]) VE. § 270 Nr. 2; GE. § 298 Nr. 2 und 3; KKE. § 356 Nr. 2; E. 19 § 360 Nr. 2; E. 25 § 297 Nr. 5; E. 27 § 329 Nr. 4.

[5]) S. 167, 163.

einem Rathaus oder öffentlichen Festsaal, oder an einem anderen öffentlichen Orte, z. B. in einem Park befinden.

Zu erwähnen ist noch, daß der Tatbestand insofern schon im geltenden Recht vorhanden ist, als es sich um öffentlich aufgestellte Gegenstände aus edlem oder unedlem Metall handelt.[6])

C. Diebstahl an Betriebsmitteln.

Der Diebstahl an Betriebsmitteln wird in den E. 25 und 27[7]) mit der Strafe des schweren Diebstahls bedroht. Er liegt vor, wenn ein Maschinenbestandteil oder ein anderes Betriebsmittel gestohlen wird, dessen Wegnahme die gesicherte Fortführung des Betriebs erheblich gefährdet. Dieser Tatbestand, der in den früheren Entwürfen nicht enthalten war, ist dem § 17 Abs. 2 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. Juli 1926 entnommen, welcher die Bestrafung allerdings entsprechend dem Zweck des Gesetzes auf die Wegnahme von Sachen aus unedlem Metall beschränkt. Die besondere Strafwürdigkeit der Tat wird darin gesehen, daß der Dieb nicht nur den Eigentümer um den Wert der gestohlenen Sache bringt, sondern einen weit darüber hinausgehenden Schaden dadurch anrichtet, daß er einen Betrieb lahmlegt oder seine gesicherte Fortführung erheblich gefährdet.[8]) Diese Gründe können jedoch die Aufstellung der Vorschrift nicht rechtfertigen.[9]) Wer die Fortführung des Betriebes erheblich gefährdet, legt ihn noch nicht lahm. Für diesen seltenen Fall aber genügt regelmäßig die Strafdrohung des gewöhnlichen Diebstahls. Die Bestimmung, die zur Bekämpfung der durch die Inflationszeit herbeigeführten vielen Metalldiebstähle erforderlich geworden war, ist im übrigen auch deshalb überflüssig, weil sie heutzutage praktisch fast bedeutungslos ist und die Kasuistik des § 329 (E. 27) unnötig vermehrt. Glaubt man trotzdem nicht auf den Tatbestand verzichten zu können, so wäre mit v. Weber[10]) seine Verweisung in den Abschnitt über „Gemeingefährliche Handlungen" zu fordern, wohin er seiner Zweckbestimmung nach gehört.

D. Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen.

Auch den Tatbestand des Diebstahls an Sachen von öffentlichem Nutzen bewerten die E. 25 und 27[11]) in Anlehnung an das Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen (§ 17) und das Gesetz über den Ver-

---

[6]) § 17 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. 7. 1926; § 4 des Gesetzes über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen vom 29. 6. 1926.

[7]) E. 25 § 297 Nr. 7; E. 27 § 329 Nr. 6.

[8]) Begr. S. 167.

[9]) Ebenso Mannheim S. 345.

[10]) S. 239.

[11]) E. 25 § 297 Nr. 9; E. 27 § 329 Nr. 7.

kehr mit Edelmetallen (§ 4) als schweren Diebstahl. Während aber diese Gesetze die Vorschriften auf Diebstähle an Sachen aus unedlem bezw. edlem Metall beschränken, gewähren die Entwürfe allen Sachen, die zum öffentlichen Nutzen dienen, erhöhten Strafschutz, da es an einer inneren Berechtigung zu einer Unterscheidung fehlt. Den Grund zur Aufnahme dieser Bestimmung bildet der Gedanke, daß das Allgemeingut dauernd besonders schutzbedürftig ist.[12]) Außerdem können sich die Verfasser der Entwürfe wie beim Sammlungsdiebstahl auch hier darauf berufen, daß nach geltendem Recht (§ 304) die Zerstörung oder Beschädigung von Gegenständen, welche zum öffentlichen Nutzen dienen, mit besonderer Strafe bedroht wird. Den Diebstahl derartiger Sachen ebenfalls als Qualifikationsgrund anzusehen, dürfte sich von diesem Gesichtspunkte aus empfehlen. Solange es notwendig erscheint, den Kreis der besonders geschützten Sachen bei der Sachbeschädigung so weit zu fassen,[13]) muß dies billigerweise auch beim Diebstahl gelten. Eine andere Frage ist, ob nicht in beiden Fällen die gewöhnlichen Strafvorschriften ausreichen.

E. Diebstahl an Gebäudeteilen.

Entsprechend § 17 Abs. 1 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen hatte E. 25[14]) auch den Diebstahl von Sachen, die einen Teil eines Gebäudes bilden oder in einem Gebäude zu dessen Ausstattung angebracht sind, unter besondere Strafe gestellt. Mit Recht hat E. 27 von der Uebernahme dieser Strafvorschrift Abstand genommen, weil ein auf die Dauer berechnetes Gesetz nicht jeden Tatbestand, dessen Berücksichtigung in einem für bestimmte Fälle und Zeiten geschaffenen Sondergesetz erforderlich erscheinen mag, behandeln kann.

F. Diebstahl aus unmittelbarem körperlichem Gewahrsam.

Als weiteren Strafschärfungsgrund sieht E. 25[15]) den Fall an, daß jemand eine Sache aus unmittelbarem körperlichen Gewahrsam stiehlt. Unter diese Bestimmung wäre vor allem der Taschendiebstahl zu subsumieren.[16]) Von einer Einbeziehung dieses Tatbestandes hat E. 27 entsprechend einem Vorschlag Schäfers[17]) Abstand genommen. Ein Grund dafür wird nicht angegeben. Maßgebend wird wohl gewesen sein, daß in solchen Fällen regelmäßig die Voraussetzungen für eine besonders schwere Bestrafung nicht gegeben sind, sondern daß im allgemeinen der Strafrahmen des einfachen Diebstahls für eine an-

[12]) Begr. S. 168.
[13]) Vgl. E. 27 § 327 Nr. 5.
[14]) § 297 Nr. 8.
[15]) § 297 Nr. 2.
[16]) Begr. S. 153.
[17]) JR 2 S. 145 f.

gemessene Ahndung ausreicht. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der praktisch häufigste Fall, der Taschendiebstahl auf Bahnhöfen und in Zügen, unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsdiebstahls qualifiziert bleibt, und daß im übrigen nicht selten die Voraussetzungen des Diebstahls unter Sicherungsbruch vorliegen, jedenfalls nach der künftigen Fassung. Das Fehlen eines besonderen Tatbestandes kann aus diesen Gründen nicht als Mangel empfunden werden.

§ 9.

Die Strafe.

Das Strafsystem des StGB zeichnet sich aus durch Einfachheit. Die beiden Arten des qualifizierten Diebstahls, der schwere Diebstahl (§ 243) und der Rückfalldiebstahl (§ 244), sind beide Verbrechen. Die für den schweren Diebstahl angedrohte Strafe ist Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei Zubilligung mildernder Umstände mindestens 3 Monate Gefängnis, beim einfachen Rückfalldiebstahl Zuchthaus bis zu 10 Jahren (bezw. bei Zubilligung mildernder Umstände mindestens 3 Monate Gefängnis), beim schweren Rückfalldiebstahl Zuchthaus nicht unter 2 Jahren (bezw. Gefängnis nicht unter einem Jahr). Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, außerdem neben der Zuchthausstrafe auf Stellung unter Polizeiaufsicht.

Dieser Strafrahmen übersteigt für die Regelfälle die Bedürfnisse der Praxis, wie kriminalstatistische Beobachtungen ergeben haben.[1]) So wurden für das Jahr 1914 nur 430 Personen wegen schweren Diebstahls zu Zuchthaus verurteilt, denen 13 527 gegenüberstehen, gegen die wegen derselben Straftat auf Gefängnis erkannt worden ist. Im Jahre 1924 wurden 1411 Personen zu Zuchthaus und 35 229 zu Gefängnis verurteilt.[2]) Diese Erfahrungen haben die Verfasser der neueren Entwürfe veranlaßt, gegenüber dem StGB und den älteren Entwürfen[3]) eine grundsätzliche Aenderung im Strafmaß vorzunehmen. Zu diesem Zweck wurden die Fälle des schweren Diebstahls getrennt.

Die erste Gruppe der qualifizierten Diebstähle, die E. 27 in § 329 als schweren Diebstahl bezeichnet, wird als Vergehen behandelt (§ 11 Abs. 2) und mit einer Gefängnisstrafe von 1 Monat bis zu 5 Jahren bedroht. Bei Annahme mildernder Umstände ist der Strafrahmen 1 Woche bis 3 Jahre 9 Monate (§ 74). An Stelle einer an sich verwirkten Freiheitsstrafe von höchstens 3 Monaten kann auf Geldstrafe erkannt werden, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann (§ 73). In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Ein besonders schwerer Fall ist anzunehmen, wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände

[1]) Darüber vgl. oben unter § 6.
[2]) Vgl. Begr. zu E. 27 S. 166.
[3]) VE, GE und KE hatten die Strafen des StGB übernommen.

ihrer Begehung oder wegen ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist (§ 77). Dieser Möglichkeit einer besonderen Straferhöhung muß widersprochen werden. Der Entwurf hat in § 329 die Fälle, bei denen die Strafe des einfachen Diebstahls zu gering erscheint, besonders hervorgehoben und beim Vorliegen der dort vorgesehenen Voraussetzungen eine schärfere Strafe angedroht. Durch diese einzeln aufgeführten Erschwerungsgründe sollten alle Fälle getroffen werden, die eine höhere Bestrafung angezeigt erscheinen lassen. Die Vorschrift des § 77 hat nach der Absicht der Gesetzgeber[4]) den Zweck, in solchen Fällen, bei denen besondere Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen, für deren Beurteilung aber der Strafrahmen des Grunddelikts nicht ausreicht, eine angemessene Bestrafung zu ermöglichen. Nach der ratio legis soll also die allgemeine Schärfung des § 77 nur dann Platz greifen, wenn das Gesetz besondere Qualifikationsgründe nicht vorgesehen hat. Durch die Zulassung besonders schwerer Fälle beim schweren Diebstahl tritt eine doppelte Schärfung ein, die inkonsequent und unbillig ist. Sollte die Strafdrohung des § 329 nicht für alle Fälle als ausreichend gehalten werden, so muß man sie eben so gestalten, daß der besonderen Strafwürdigkeit jeder Tat Rechnung getragen werden kann. In Anbetracht der bisherigen praktischen Erfahrungen halten wir aber für den schweren Diebstahl die Gefängnisstrafe für genügend, so daß die Androhung der Zuchthausstrafe, auf die übrigens häufig wegen der gewerbsmäßigen Ausführung des Diebstahls doch zu erkennen ist, wegfallen kann. Es widerspricht jedenfalls der Begründung zu § 77, „wenn auf einen Schärfungshilfstatbestand noch eine Schärfung in besonders schweren Fällen aufgesetzt wird".[5])

Der Versuch des schweren Diebstahls ist strafbar, wenn der Entwurf dies auch nicht ausdrücklich bestimmt, wie es bei Vergehen erforderlich ist (§ 26 Abs. 2 Satz 1). Seine Strafbarkeit ergibt sich daraus, daß die Fälle des § 329 nur Strafschärfungsgründe, nicht aber selbständige Tatbestände sind.[6]) § 329 setzt § 328 voraus, dieser ist in jenem als Bestandteil enthalten, also auch die dort bestimmte Strafbarkeit des Versuchs.

Als zweite Gruppe folgen die Tatbestände des Einbruchs und des Diebstahls mit Waffen (§ 330), bei denen der Entwurf wegen ihrer besonderen Strafwürdigkeit die Zuchthausstrafe beibehält, das Höchstmaß aber auf 5 Jahre festsetzt. Wird die Tat zur Nachtzeit begangen, so tritt eine Erhöhung der Strafe bis zu 10 Jahren Zuchthaus ein.

Die dritte Gruppe bildet der gewerbsmäßige Diebstahl (§ 331), der ebenfalls Zuchthausstrafe vorsieht, und zwar wird der einfache Diebstahl bei gewerbsmäßiger Begehung mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren,

[4]) Begr. S. 57 f.
[5]) Vgl. Graf Gleispach S. 194 ff.
[6]) Begr. S. 168.

der schwere mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren und Einbruch oder Diebstahl mit Waffen mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bestraft.

Auch der die vierte Gruppe darstellende räuberische Diebstahl droht Zuchthausstrafe an, und zwar von 1 bis 15 Jahren. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus nicht unter 5 Jahren, bei Todesfolge nicht unter 10 Jahren oder lebenslanges Zuchthaus.

Auch bei den Fällen, die an sich mit Zuchthausstrafe zu belegen sind, kann eine Milderung der Strafe eintreten, wenn die Voraussetzungen des § 74 vorliegen. Die Mindeststrafe beträgt dann 3 Monate Gefängnis,[7]) die Höchststrafe ¾ des angedrohten Höchstmaßes (§ 73).

[7]) Bei lebenslangem Zuchthaus mindestens 3 Jahre Zuchthaus.

Viertes Kapitel.

Die Unterschlagung (§ 246 StGB).

§ 10.

Der Begriff.

Während der Diebstahl in der Verletzung des fremden Eigentums und Gewahrsams besteht, ist das Angriffsobjekt bei der Unterschlagung nur das Eigentum, da der Täter den Gewahrsam schon haben muß. Daraus ergibt sich, daß bei der Unterschlagung als Verletzter nur der Eigentümer in Betracht kommen kann, beim Diebstahl dagegen außerdem der Gewahrsamsinhaber. Bei der inneren Verwandtschaft der beiden Delikte, die im römischen Recht darin ihren Ausdruck fand, daß der Begriff des furtum auch die Fälle der Unterschlagung umfaßte, hat der Gesetzgeber die Unterschlagung im Anschluß an den Diebstahl in demselben Abschnitt behandelt. Im Gegensatz zum preußischen Strafgesetzbuch,[1]) das die verschiedenen Fälle der Unterschlagung aufzählte, enthält das StGB in § 246 nur eine allgemeine Bestimmung, die folgenden Wortlaut hat:

> Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft.
>
> Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe erkannt werden.
>
> Der Versuch ist strafbar.

Die entsprechenden Vorschriften der neueren Strafgesetzentwürfe lauten:

E. 1919:

> § 364: Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten

[1]) §§ 225, 226.

rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis oder Geldstrafe bestraft.
Der Versuch ist strafbar.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

E. 1925:

§ 300 (Veruntreuung): Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache in der Absicht zueignet, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.
Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Absicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder verausgabt.
Der Versuch ist strafbar.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren.

§ 301 (Unterschlagung): Wer sich, abgesehen von den Fällen der Veruntreuung, eine fremde bewegliche Sache in der Absicht zueignet, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.

E. 1927:

§ 333: Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten in der Absicht zueignet, sich oder den Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.
Der Versuch ist strafbar.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Hinsichtlich der beiden Delikten gemeinsamen Voraussetzungen kann auf die bei der Behandlung des Diebstahls gemachten Ausführungen Bezug genommen werden. Das gilt insbesondere von den Begriffen „fremd", „beweglich", „Sache", „Besitz", „Gewahrsam", „rechtswidrig" und „sich zueignen". Auf die übrigen Tatbestandsmerkmale soll im nächsten Paragraphen eingegangen werden.

§ 11.

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale.

A. In objektiver Hinsicht.

Nach geltendem Recht kann der Täter eine Unterschlagung nur an einer Sache begehen, die er in Besitz oder Gewahrsam hat. Auf Grund dieser Fassung ist die Frage entstanden, ob das Gesetz den Besitz des bürgerlichen Rechts dem Gewahrsam gleichstellen wollte. Wie bereits beim Diebstahl hervorgehoben, ist Gewahrsam die tatsächliche Möglichkeit, mit einer Sache nach Belieben zu verfahren, während der Besitz auch ohne tatsächliche Herrschaft bestehen kann. Da aber der Gewahrsam häufig mit dem Besitz zusammenfällt, ist die

Nebeneinanderstellung beider Begriffe unklar und mißverständlich. Das Strafrecht sollte nur den Begriff Gewahrsam verwerten, und es ist deshalb zu begrüßen, daß sämtliche Entwürfe [1]) die Worte „Besitz oder" gestrichen haben.

Ein allgemein erkannter [2]) Nachteil liegt in der positiven Formulierung des Unterschlagungstatbestandes. Da das StGB von der fehlenden Gewahrsamsergreifung ausgeht, können nach geltendem Recht die nicht minder strafwürdigen Fälle, bei denen sich eine Sache in niemandes Gewahrsam befindet, nur auf Grund künstlicher und gesuchter Konstruktionen als Unterschlagung angesehen werden. Hierher gehört insbesondere der praktisch häufige Fall der Fundaneignung, wenn der Finder schon bei der In-Besitznahme der gefundenen Sache die Absicht hatte, sie zu behalten: Denn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes liegt Unterschlagung nur vor, wenn die Aneignungshandlung der Erlangung des Gewahrsams nachfolgt. Auch dann entstehen Schwierigkeiten, wenn jemand einem Toten etwas wegnimmt, einen in einer fremden Sache verborgenen Schatz entdeckt oder dem Jagdrecht eines anderen unterworfene Tiere an sich nimmt. Hier schaffen die Entwürfe Klarheit, indem sie nur negativ sagen, daß die Sache nicht in fremdem Gewahrsam stehen dürfe. Nunmehr ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß einerseits, wie im geltenden Recht, die bereits im Gewahrsam des Täters stehenden, andererseits aber auch in niemandes Gewahrsam befindliche Sachen Objekte der Unterschlagung sein können.

Auf welche Weise der Unterschlagende die in seinem Gewahrsam stehenden Sachen erlangt hat, ob durch Zufall, durch einen Irrtum oder durch eine strafbare Handlung, ist gleichgültig. Im letzten Fall wird allerdings regelmäßig die Unterschlagung durch die voraufgegangene Handlung konsumiert und stellt sich daher als straflose Nachtat dar. [3])

Die Fälle, bei denen der Täter den Gewahrsam durch ein Anvertrauen seitens des bisherigen Gewahrsamsinhabers erlangt hat, hebt das StGB nur insofern hervor, als es für sie eine höhere Strafe vorsieht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis ist nicht erforderlich. [4]) Es genügt, wenn dem Täter der Gewahrsam mit der Verpflichtung der Rückgabe oder der Verwendung zu bestimmtem Zweck übertragen worden ist, z. B. auf Grund einer Miete, Leihe oder Pacht. Für diesen Fall hat E. 25 einen besonderen Tatbestand (§ 300 — Veruntreuung) gebildet, während als Unterschlagung nur die Aneignung nicht anvertrauter Sachen behandelt wird. Diese Regelung kann nicht als glücklich bezeichnet werden. In dem Bestreben, auch die nach dem

[1]) Vgl. außer den neueren Entwürfen VE § 271; GE § 299; KE § 358.

[2]) Frank II 3, Olshausen 8a, L. K. 1, Hegler S. 281; auch schon Hälschner II S. 348, v. Liszt-Schm. § 131, Harburger S. 335, E. 19 S. 41.

[3]) Vgl. E. 60 S. 371; 62 S. 61.

[4]) E. 4 S. 386.

StGB nicht strafbaren Fälle zu erfassen, bei denen der Täter sich fiduziarisches Eigentum zueignet, z. B. wenn der Kellner das ihm vom Gaste gezahlte Geld nicht abliefert, ist der Entwurf soweit gegangen, in Absatz 2 den Verbrauch oder die Verausgabung von anvertrautem Gut ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse im Zusammenhang mit der Unterschlagung zu regeln. Eine wesentliche Voraussetzung der Eigentumsdelikte ist aber die Fremdheit der Sache, die bei der Veruntreuung des E. 25 nicht verlangt wird. Auch die Handlung ist eine andere als die bei der Unterschlagung erforderliche „Zueignung": E. 25 spricht in § 300 Abs. 2 von einem „Verbrauchen oder Verausgaben". Hier paßt der Zueignungsbegriff nicht: Denn was bereits Eigentum des Täters ist, kann er sich nicht zueignen.[5]) Noch ein dritter Grund ist gegen die Hervorhebung der Unterschlagung anvertrauter Sachen zu nennen, auch wenn sie nur als Voraussetzung für ein anderes Strafmaß in der gleichen Vorschrift wie die Unterschlagung genannt wird. Es ist willkürlich, nur die Veruntreuung als besonders strafwürdig aufzuführen. Es gibt auch andere Fälle, die eine Erhöhung der Strafe durchaus gerechtfertigt erscheinen lassen können, so die Unterschlagung besonders hoher Beträge oder zu wohltätigen Zwecken oder zum öffentlichen Nutzen gesammelter Gelder oder Mündelgelder. Der erhöhten Strafwürdigkeit all dieser Handlungen kann bei der Strafbemessung genügend Rechnung getragen werden. Auf diesem Standpunkt steht auch E. 27.[6]) Er übernimmt auch die Ausdehnung auf Fälle, in denen sich jemand an eigenen Sachen vergreift, die ihm anvertraut sind und wirtschaftlich nicht ihm, sondern einem anderen gehören. Er regelt sie aber nicht bei der Unterschlagung, sondern dort, wo sie ihrem Wesen nach hingehören, bei der Untreue,[7]) was aus den angeführten Gründen zu begrüßen ist.

Während der Diebstahl als Handlung die Wegnahme einer fremden Sache in Zueignungsabsicht erfordert, verlangt die Unterschlagung eine Zueignung. Sie setzt also voraus, daß der Täter über die Sache gleich dem berechtigten Eigentümer und mit Ausschluß desselben die Herrschaft endgültig ausübt.[8]) Anders als die Wegnahme beim Diebstahl erfordert die Zueignung bei der Unterschlagung keine körperliche Verfügung über die Sache, etwa in dem Sinne, daß dadurch der Täter eine andersgeartete, insbesondere befestigte Verfügungsgewalt erhielte.[9]) Allerdings genügt der bloß innere Wille zur Zueignung nicht; vielmehr muß diese Absicht in einer äußeren Handlung oder einer Unterlassung zum Ausdruck gekommen sein.[10]) Der Zueignungsakt kann in der Veräußerung, im Verbrauch, in der Verarbeitung oder

[5]) Vgl. Mannheim S. 346 ff.
[6]) Vgl. Begr. zu E. 27 S. 170.
[7]) § 348 Abs. 2.
[8]) E. 3 S. 10; 61 S. 228; 64 S. 414.
[9]) E. 58 S. 230; 63 S. 377.
[10]) So die herrschende Lehre, vgl. Frank III, L. K. 2.

in der Vermischung liegen. Die Verpfändung ist rechtswidrige Zueignung dann, wenn der Täter mit dem Vorsatz handelt, daß infolge der Verpfändung die Sache dem Eigentümer dauernd entzogen wird oder werden soll.[11]) Als Indiz für die Zueignung wird es gelten können, wenn der Inhaber einer fremden Sache einem Dritten die Wegnahme gestattet.[12]) In dem Verschweigen des Besitzes liegt regelmäßig noch keine Aneignung, während sich in dem Ableugnen der Wille des Täters, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, offenbaren kann.[13])

Wie schon erwähnt, muß aus der positiven Fassung des Gesetzes für das geltende Recht gefolgert werden, daß die Zueignung der Erlangung des Gewahrsams nachfolgen muß.[14]) Der Charakter der Unterschlagung besteht also nach geltendem Recht in der Umwandlung eines zunächst bestehenden Fremdbesitzverhältnisses in ein Eigenbesitzverhältnis. Diese nach dem Wortlaut notwendige Auslegung führte dazu, daß die oben genannten Fälle, wie z. B. die Fundaneignung, trotz ihrer Strafwürdigkeit nicht als Unterschlagung bestraft werden konnte. Dieser Mißstand hat in der Theorie zu den verschiedensten mehr oder weniger gekünstelten Konstruktionen geführt, die zu besprechen hier zu weit gehen würde. Demgegenüber ist es das Verdienst sämtlicher Entwürfe, durch die Ausscheidung des positiven Erfordernisses, daß die Sache sich im Gewahrsam des Täters befinden müsse, und die Ersetzung durch das negative, daß die Sache sich nicht im Gewahrsam eines anderen befinden dürfe, klargestellt zu haben, daß eine der Aneignung vorangehende Gewahrsamsbegründung nicht mehr erforderlich ist.

In § 246 StGB wird verlangt, daß der Täter die Sache **sich** zueignet. Wie bei § 242 StGB überwiegend die Ansicht vertreten wurde, daß auch die Absicht, die Sache einem **anderen** zuzueignen, zur Strafbarkeit genügt, hat man auch bei der Unterschlagung allgemein die Zueignung der Sache an einen anderen der Zueignung an sich selbst gleichgeachtet. Auch die neueren Entwürfe halten es für gleichgültig, ob der Täter die Sache behalten oder sie einem anderen zuwenden will: Die bisher bestehende Gesetzeslücke ist nunmehr durch Hinzufügung der Worte „oder einem Dritten“ ausgefüllt, während E. 27 im Diebstahlstatbestand die notwendige Folgerung nicht gezogen hat.

[11]) E. 26 S. 230.

[12]) Rspr. 4 S. 129; E. 5 S. 218.

[13]) E. 5 S. 253.

[14]) Herrschende Lehre: Frank II 3, Harburger S. 335, Hälschner II S. 348, v. Liszt-Schm. § 131, Olshausen 8a, E. 10 S. 257; 17 S. 59; 19 S. 38; 53 S. 302. A. A. Binding 1 S. 275 und L. K. 1, nach denen Zueignung und Besitzerlangung auch zeitlich zusammenfallen können.

B. In subjektiver Hinsicht.

Nach geltendem Recht ist die Zueignung einer fremden Sache, die der Täter in Besitz oder Gewahrsam hat, schlechthin strafbar. Die E. 25 und 27 [15]) engen den Tatbestand dahin ein, daß sie wie beim Diebstahl die Absicht verlangen, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern. Bei der nahen Verwandtschaft zwischen Diebstahl und Unterschlagung mußte dieser Weg eingeschlagen werden. Hierzu kann auf das beim Diebstahl Gesagte verwiesen werden. Nur das Ergebnis sei hier nochmal festgestellt: Es ist ebenso wie hinsichtlich des Diebstahlsbegriffes verfehlt, die Unterschlagung, die ihrem Wesen nach ein Eigentumsvergehen ist, zum Bereicherungsdelikt zu stempeln.

Wenn aber an der Bereicherungsabsicht festgehalten werden soll, dann ist es richtig, die Absicht, sich zu bereichern, gleichzustellen der Absicht, einen Dritten zu bereichern. Das ist im E. 25 geschehen. E. 27 ist in dieser Beziehung unklar, indem er von „dem Dritten" spricht. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß nur der Dritte bereichert werden kann, dem zuvor die Sache zugeeignet worden ist. Es wird aber nicht dem Zweck der Neufassung entsprechen, daß nur solche Fälle als Unterschlagung angesehen werden können, bei denen eine Identität zwischen beiden Personen besteht. Es ist auch möglich, daß der Täter einem Dritten zueignet in der Absicht, eine von diesem verschiedene Person zu bereichern. Derartige Fälle können nach der Formulierung des Tatbestandes in E. 27 nicht als Unterschlagung bestraft werden. Dieser Mangel könnte durch die Fassung „sich oder einen Dritten" beseitigt werden.

Zusammenfassend möchten wir de lege ferenda für den Unterschlagungstatbestand die mustergültige Fassung vorschlagen, die E. 19 gewählt hat:

> Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird . . . . bestraft.

[15]) Nicht dagegen E. 19.

§ 12.

Die Strafe.

Als Strafe für die Unterschlagung droht das StGB Gefängnis bis zu 3 Jahren, und, wenn die Sache dem Täter anvertraut ist, bis zu 5 Jahren an. Neben einer Gefängnisstrafe kann, wenn ihre Dauer 3 Monate erreicht, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden (§ 248). Von großer praktischer Bedeutung ist, daß bei der Unterschlagung im Gegensatz zum Diebstahl mildernde Umstände zugelassen sind, bei deren Vorliegen auf Geldstrafe erkannt werden kann.

E. 19 droht in Uebereinstimmung mit den früheren Entwürfen neben der Gefängnisstrafe wahlweise Geldstrafe an. Er begründet dies

damit, daß die Unterschlagung nicht in gleichem Maße als ehrenrührig empfunden werde wie der Diebstahl. Dies zeige sich beispielsweise dann, wenn eine unter Eigentumsvorbehalt gekaufte und größtenteils bezahlte Sache vom Käufer verpfändet oder veräußert werde.[1]) E. 25 bestraft die Veruntreuung schlechthin mit Gefängnis, die Unterschlagung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren. E. 27 übernimmt als Strafdrohung die für die Unterschlagung anvertrauter Sachen im geltenden Recht bestimmte Strafe, nämlich Gefängnis bis zu 5 Jahren. Dieser Strafrahmen wird es ermöglichen, der erhöhten Strafwürdigkeit auch solcher Fälle Rechnung zu tragen, bei denen es sich um den Bruch eines Vertrauensverhältnisses handelt.[2]) Für besonders schwere Fälle, in denen die Gefängnisstrafe keine ausreichende Sühne bieten würde, droht der Entwurf in Uebereinstimmung mit sämtlichen früheren Entwürfen Zuchthaus bis zu 5 Jahren[3]) an. Diese Schärfung, gegen die beim schweren Diebstahl Stellung genommen wurde, ist hier berechtigt, weil bei der Unterschlagung keine kasuistisch gebildeten Qualifikationen vorgesehen sind. Die in §§ 9 Abs. 1 und 11 des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896 enthaltene Ergänzung bezw. Erweiterung des Tatbestandes der Unterschlagung hat der Entwurf nicht übernommen; er ist dabei wie bei der Behandlung des Gesetzes betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit von der richtigen Auffassung ausgegangen, daß Zusammenhängendes nicht zerrissen werden darf.[4])

Bei mildernden Umständen kann die Unterschlagung mit Geldstrafe gesühnt werden, wenn die verwirkte Strafe höchstens 3 Monate beträgt und der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann (§§ 73, 74). In dieser Beziehung kann auf das beim Diebstahl Gesagte Bezug genommen werden; dasselbe gilt hinsichtlich der Nebenstrafen und Nebenfolgen.

Während E. 25 nur den Versuch der Veruntreuung, nicht aber den der Unterschlagung unter Strafe stellte, erklärt E. 27 in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht und sämtlichen amtlichen Entwürfen die versuchte Unterschlagung ausdrücklich für strafbar. Für die Straflosigkeit des Versuchs in E. 25 wird in der Begründung[5]) kein Grund angegeben. Es mag sein, daß hierfür die Schwierigkeiten der Abgrenzung vom vollendeten Delikt maßgebend waren, wie Mannheim[6]) annimmt. Auf die Strafbarkeit des Versuchs kann jedoch nicht verzichtet werden: Andernfalls müßten die zahlreichen Fälle, bei denen der Täter seinen internen Aneignungswillen nicht unzweideutig genug

[1]) Denkschr. S. 310.

[2]) Vgl. Begr. S. 170.

[3]) E. 25 sah bei der Veruntreuung als Höchstmaß 10 Jahre Zuchthaus vor.

[4]) Begr. S. 164.

[5]) S. 157.

[6]) S. 348.

durch äußere Handlungen zum Ausdruck gebracht hat, die Zueignung also noch nicht endgültig vollzogen ist, straffrei gelassen werden.

Unverständlich ist es, daß das StGB nicht wie beim Diebstahl, beim Raub (§ 250 Nr. 5), bei der Hehlerei (§ 261) und beim Betrug (§ 264) eine Rückfallunterschlagung kennt. Die Gründe, die bei diesen Delikten für eine erhöhte Bestrafung der im Rückfall begangenen Tat sprechen, liegen ebenso bei der Unterschlagung vor. Auch E. 27, der die Gewerbsmäßigkeit als den dem Rückfall entsprechenden Qualifikationsgrund vorsieht, enthält keine Vorschrift über die gewerbsmäßige Unterschlagung. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung, die mit § 331 (gewerbsmäßiger Diebstahl) zusammengefaßt und als für Diebstahl und Unterschlagung gemeinsam geltende Vorschrift im Anschluß an § 336 geregelt werden könnte, wäre zu empfehlen, da die Voraussetzungen des § 77 (besonders schwere Fälle)und des § 78 (Gewohnheitsverbrecher) nicht immer vorliegen werden.

Fünftes Kapitel.

Privilegierte Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung (§§ 247, 248a, 370 Nr. 5 StGB).

§ 13.

Haus- oder Familiendiebstahl und -unterschlagung.

Wie das Gesetz die qualifizierten Begehungsarten besonders hervorhebt, zählt es andererseits auch einige Fälle auf, die eine mildere Behandlung verdienen. Hier ist zunächst der § 247 StGB zu nennen, der den Haus- oder Familiendiebstahl (bezw. -unterschlagung) regelt:

> „Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.
>
> Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos.
>
> Diese Bestimmungen finden auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung."

Diese Bestimmung, deren Neufassung allgemein gefordert wird,[1]) enthält zwei Gruppen von Fällen, die insofern privilegiert sind, als Absatz 1 Diebstahl und Unterschlagung zu relativen Antragsdelikten macht und Absatz 2 einen persönlichen Strafausschließungsgrund

[1]) Vgl. schon Harburger S. 279, 371 Nr. 20.

schafft. Beide Privilegien beziehen sich auf alle Arten des Diebstahls und der Unterschlagung mit Ausnahme des § 252 StGB, worauf beim räuberischen Diebstahl hingewiesen wurde. Auch der schwere und der Rückfalldiebstahl [2]) können also bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 247 unter Umständen nicht verfolgt werden. Während es in den meisten Fällen des Diebstahls und der Unterschlagung für das Strafverfahren bedeutungslos ist, wer der Verletzte ist, muß hier diese Frage beantwortet werden, da die strafrechtliche Beurteilung von einer besonderen persönlichen Beziehung des Täters zum Geschädigten abhängig gemacht ist. Wer als Verletzter in Betracht kommt, ist allerdings streitig. Die Unterschlagung richtet sich zweifellos nur gegen den Eigentümer der unterschlagenen Sache. Beim Diebstahl nehmen die einen [3]) an, daß nur der Eigentümer, andere, [4]) daß nur der Gewahrsamsinhaber verletzt sei. Richtig ist die Ansicht der herrschenden Lehre, [5]) daß sowohl der Eigentümer als auch der Gewahrsamsinhaber verletzt sind, und zwar „der Gewahrsamsinhaber, weil ihn der Dieb aus seiner Stellung tatsächlich verdrängt, der Eigentümer, weil ihn der Dieb aus der Stellung verdrängen will und zum Teil schon verdrängt". [6]) Daraus folgt, daß § 247 nur anwendbar ist, wenn der Dieb sich ganz gegen eine der in dieser Bestimmung genannten Personen richtet, wenn diese also sowohl Eigentümer als Gewahrsamsinhaber ist.

Der Grund, der für eine Beschränkung der Ausübung der Strafgewalt in diesen Fällen spricht, ist das nahe Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verletzten, das der Kenntnis des Gerichts und der Oeffentlichkeit möglichst entzogen werden soll. Das strafgerichtliche Einschreiten kann eine Störung sittlicher oder sonst bedeutsamer Beziehungen zur Folge haben, mit welchen der Wert der Bestrafung in keinem Verhältnis steht. [7])

Innerhalb der ersten Gruppe enthält § 247 zwei Tatbestände. Antragsdelikt ist einmal der Diebstahl oder die Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher, ohne daß es auf den Wert der Sache ankäme. Angehörige sind die in § 52 Abs. 2 StGB genannten Personen mit Ausnahme der Ehegatten und der Verwandten absteigender Linie, hinsichtlich derer § 247 Abs. 2 eine Sonderbestimmung enthält. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß es zur Verfolgung nur dann eines Strafantrags bedarf, wenn der Angehörige allein verletzt ist. Stiehlt also z. B. der Sohn eine in Gewahrsam seines Vaters befindliche Uhr, deren Eigentümer ein Dritter ist, oder stiehlt er eine

[2]) E. 43 S. 363.
[3]) Z. B. Merkel S. 710.
[4]) Z. B. v. Liszt-Schm. § 127.
[5]) Z B. Frank I, Olshausen Nr. 3, L. K. 2c, Harburger S. 221, 280, Hälschner S. 306, E. 2 S. 73; 4 S. 346; 10 S. 210; 19 S. 378; 54 S. 280.
[6]) Frank a. a. O.
[7]) Merkel S. 710.

seinem Vater gehörende Uhr, deren Gewahrsam ein Dritter (etwa als Entleiher) innehat, so liegt § 247 nicht vor.

Der zweite privilegierte Fall ist der Diebstahl oder die Unterschlagung gegen Personen, zu denen der Täter im Lehrlingsverhältnisse steht oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet. Diese Handlung ist nur dann Antragsdelikt, wenn die gestohlene oder unterschlagene Sache eine solche von unbedeutendem Wert ist. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist Tatfrage und muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Warum eine solche Unterscheidung gegenüber dem ersten Tatbestand gemacht wird, ist nicht einzusehen, da doch für die Einführung der Privilegierung in beiden Fällen dieselben Gründe maßgebend waren. Das Interesse des Verletzten, daß, soweit es sich um Mitglieder der häuslichen Gemeinschaft handelt, der häusliche Frieden nicht durch ein unerwünschtes Einschreiten der Behörden gestört werde, besteht ohne Rücksicht auf den Wert der entwendeten Sache. Als Täter und Verletzter kommen in Betracht einerseits der (gewerbliche oder Handlungs-) Lehrling und sein Lehrherr, andererseits das Gesinde und der mit ihm in häuslicher Gemeinschaft befindliche Dienstherr. Unter Gesinde sind die eigentlichen Dienstboten zu verstehen.[8]) Dienstherr ist nur der Haushaltungsvorstand, wozu die Ehefrau und die mit der Vertretung beauftragten Angehörigen gerechnet werden,[9]) nicht aber die übrigen Angehörigen, selbst wenn sie in demselben Haushalt leben.[10]) § 247 ist nicht anwendbar, wenn der Diebstahl oder die Unterschlagung gegen eine andere Person der häuslichen Gemeinschaft, z. B. gegen einen Hausangestellten, begangen wird.[11]) Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes: Denn Verletzter ist eine Person, in deren häuslicher Gemeinschaft sich der Täter als Gesinde befindet. Wer aber z. B. einen Mitknecht bestiehlt, befindet sich nicht in dessen häuslicher Gemeinschaft; vielmehr weist das Demonstrativpronomen auf die Dienstherrschaft hin. Sollte aber nach der ratio legis allein das Zusammenleben in einer häuslichen Gemeinschaft der Grund für eine Privilegierung sein, so ist nicht verständlich, warum das Gesetz nur für das Gesinde eine Bevorzugung einräumt. Maßgebend ist vielmehr auch hier, daß es bei der besonders nahen Beziehung zwischen Dienstherr und Dienstbote jenem als Haupt der häuslichen Gemeinschaft überlassen bleiben soll, ob er ein gerichtliches Einschreiten für erforderlich und zweckmäßig hält oder nicht.

Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um die Diebstahls- und Unterschlagungsfälle von Aszendenten gegen Deszendenten und von

[8]) E. 13 S. 14.

[9]) E. 40 S. 187.

[10]) Ebenso Binding I S. 306, L. K. 2b, v. Liszt-Schm. § 128, Rspr. 8 S. 109. A. A. Frank II, Olshausen Nr 5 und E. 40 S. 1, die schlechthin die Angehörigen des Dienstherrn diesem gleichstellen.

[11]) A. A. Frank II.

Ehegatten untereinander. Diese erklärt das Gesetz ohne Rücksicht auf den Wert der entwendeten Sache für straflos. Für die Straflosigkeit spricht, daß das enge verwandtschaftliche Band, das die Beteiligten miteinander verknüpft, durch einen strafrechtlichen Eingriff in die inneren Verhältnisse der häuslichen Gemeinschaft gelockert werden und dadurch zu einer Zerrüttung des Familienlebens führen könnte. Außerdem wird häufig die Durchführung eines Strafverfahrens daran scheitern, daß bei dem meist engen Zusammenleben der Beteiligten nicht festgestellt werden kann, wem die fragliche Sache gehört.[12])

Aus Absatz 3 des § 247 ergibt sich, daß die Privilegierung der Absätze 1 und 2 auf Teilnehmer und Begünstiger nur insoweit Anwendung findet, als bei ihnen eines der bezeichneten persönlichen Verhältnisse vorliegt.

Die neueren Entwürfe[13]) haben den Tatbestand der Art nach, jedoch unter erheblichen Aenderungen übernommen. Während E. 19 und 25 beim Lehrlings- und Gesindediebstahl anstelle des „unbedeutenden Wertes" einen „geringen Wert" der entwendeten Sache verlangen und dadurch günstigstenfalls eine weitere Ausdehnung der Vergünstigung erreicht hatten, läßt E. 27 diese gegenüber den anderen Fällen nicht gerechtfertigte Einschränkung fallen. Damit sind die im geltenden Recht über den Begriff des „unbedeutenden Wertes" aufgetauchten Zweifelsfragen[14]) erledigt. Hinsichtlich der geschädigten Personen nennen die Entwürfe außer den bisher schon in Frage kommenden Angehörigen, Lehrherrn, Erziehern und Vormündern den Pfleger. Diese Neuerung empfiehlt sich wegen der Aehnlichkeit des Verhältnisses zwischen Vormund und Mündel einerseits sowie Pfleger und Pflegling andererseits. Daneben sprechen die Entwürfe von Personen, die mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft leben. Durch diese Fassung ist klargestellt, daß nicht nur der Diebstahl des Dienstboten gegen den Hausherrn, sondern jeder Diebstahl innerhalb der häuslichen Gemeinschaft privilegiert ist, also auch der Diebstahl der Hausangestellten untereinander sowie gegen Mitglieder der Familie des Hausherrn. Nunmehr ist dem Gedanken Ausdruck gegeben, daß das Zusammenleben in der häuslichen Gemeinschaft schlechthin der Grund für die mildere Behandlung dort vorkommender Diebstähle und Unterschlagungen ist. Daraus folgt weiter, daß auch der Diebstahl des Haushaltungsvorstands und seiner Angehörigen gegen die in der häuslichen Gemeinschaft lebenden angestellten Personen Antragsdelikt ist.

Der wesentlichste Unterschied gegenüber dem geltenden Recht besteht in der Behandlung der bisher in § 247 Abs. 2 geregelten Fälle.

---

[12]) So auch Denkschr. zu E. 19 S. 311, Begr. zu E. 25 S. 157, E. 27 S. 170.

[13]) § 365 E. 19; § 302 E. 25; § 335 E. 27.

[14]) Vgl. Frank § 247 II 2, Olshausen § 247, 2, L. K. § 247, 2b.

Diese Vorschrift ist verschiedentlich als zu weitgehend angegriffen worden. Harburger[15]) fordert, insbesondere wegen der Gefahr der Ausbeutung durch einen gewissenlosen Ehegatten, die Straflosigkeit — zum mindesten bei Vorliegen von Schärfungsgründen — zu beseitigen und an ihrer Stelle das Antragserfordernis einzuführen. Hinsichtlich des Aszendentendiebstahls wird darauf hingewiesen, daß schwere Fälle vorkommen können, bei denen der Täter nach geltendem Recht straflos ausgeht, z. B. wenn der Großvater als Vormund sein Mündel bestiehlt oder dessen Vermögen unterschlägt.[16]) Diese Gefahren bestünden besonders bei oder nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft,[17]) und es widerspreche gesundem Rechtsempfinden, daß der Täter auf Grund des formell fortdauernden familienrechtlichen Verhältnisses die Möglichkeit habe, straflos Diebstähle zu begehen. Diesen Bedenken haben sich die Entwürfe nicht verschlossen. Während E. 19 die Straffreiheit auf Ehegatten beschränkte, beseitigten die E. 25 und 27 die Straflosigkeit in allen Fällen. Eine gewisse Privilegierung ist insofern bestehen geblieben, als die Verfolgung derartiger Fälle nunmehr von dem Antragserfordernis abhängig ist.[18]) Die Neuregelung ist zu begrüßen. Die Diebstähle und Unterschlagungen, die während des Bestehens enger familiärer Beziehungen zwischen dem Täter und dem Verletzten vorkommen, wird dieser nicht verfolgen lassen. Sind aber die Familienbande schon gelockert, so besteht meist kein Grund mehr zur Straflosigkeit solcher Handlungen. Sollten aber die Fälle sich nicht zu strafrechtlicher Ahndung eignen, so gibt die nach den neueren Entwürfen dem Gericht eingeräumte Befugnis, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen,[19]) die nötige Handhabe.

Daß die Privilegierung auch den an der Tat beteiligten Teilnehmern zugute kommt, erreichen die E. 19 und 25 durch die Fassung „wer . . . . . begeht" in Verbindung mit § 30 bezw. § 28, E. 27 dadurch, daß er den Teilnehmer neben dem Täter ausdrücklich erwähnt. Bezüglich der Begünstigung behandeln die Entwürfe die Frage im Allgemeinen Teil,[20]) und zwar entsprechend der geltenden Regelung.

Die Erwähnung der „Unberechtigten Aneignung"[21]) neben Diebstahl und Unterschlagung wurde mit der Einführung dieses Tatbestandes in E. 27 erforderlich.

---

[15]) S. 371 Nr. 20.

[16]) Vgl. die Begründungen a. a. O.

[17]) Mannheim S. 349.

[18]) Ehegatten und Verwandte absteigender Linie sind „Angehörige" (E. 25 § 11 Abs. 2, E. 27 § 10).

[19]) E. 19 Abs. 3, E. 25 Abs. 3, E. 27 Abs. 2.

[20]) E. 19 § 234 Abs. 3; E. 25 § 185 Abs. 3; E. 27 § 200 Abs. 3.

[21]) Darüber s. w. u.

§ 14.
Die Not- und Verbrauchsmittelentwendung. (Entwendung.)

Das geltende Recht kennt außer § 247 StGB zwei weitere privilegierte Fälle: Die Notentwendung des § 248a StGB (auch Notdiebstahl und Notunterschlagung genannt) und die Verbrauchsmittelentwendung des § 370 Nr. 5 StGB (auch Mundraub genannt). Die Tatbestände haben folgenden Wortlaut:

§ 248a: Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft.
Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.
Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

§ 370 Nr. 5: Mit Geldstrafe oder mit Haft wird bestraft, wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauch entwendet oder unterschlägt.
(Im übrigen vgl. § 248a Abs. 2 und 3.)

Wenn auch das StGB beide Tatbestände verschieden behandelt, indem es die Notentwendung als Vergehen, den Mundraub aber als Uebertretung ansieht, so sind sie doch ihrem Wesen nach gleich: Der Grund für ihre Privilegierung liegt in dem besonderen Objekt und im Beweggrund bezw. dem Zweck des Täters. Schon bei der Besprechung des räuberischen Diebstahls haben wir die Auffassung vertreten, daß die §§ 248a und 370 Nr. 5 StGB als selbständige Sonderdelikte anzusehen sind. Daraus folgt, daß Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach diesen Vorschriften bestraft werden können, daß also die für den Diebstahl und die Unterschlagung vorhandenen Spezialbestimmungen unanwendbar sind. Unbestritten[1]) ist, daß Notentwendung und Mundraub in subjektiver und objektiver Beziehung den vollen Tatbestand des Diebstahls oder der Unterschlagung voraussetzen. Außerdem weisen diese Delikte noch gewisse spezifische Eigentümlichkeiten auf.

Objekte sind bei der Notentwendung „geringwertige" Gegenstände. Wann eine Sache geringen Wert hat, ist Tatfrage und muß im wesentlichen durch richterliches Ermessen bestimmt werden. Bei der Entwendung von Geldbeträgen, die auch unter § 248a fallen kann, ist maßgebend für die Frage der Geringwertigkeit die Größe der Not und der Umfang desjenigen Bedürfnisses, dessen Befriedigung im Hinblick auf die Erhaltung des Täters und seiner Familie geboten ist.[2]) Die Tat muß begangen sein „aus Not": Darunter ist eine eigene nicht notwen-

[1]) A. A. Harburger S. 300.
[2]) RG in Goltd. Arch. 61 S. 114.

dig unverschuldete wirtschaftliche Bedrängnis des Täters zu verstehen, die auch dann vorliegen kann, wenn es sich um eine Notlage der unterhaltsberechtigten Kinder handelt. [3]) Es ist aber nicht erforderlich, daß der Täter durch den Gegenstand seine Not unmittelbar zu beseitigen gedenkt. [4]) Es genügt die Absicht, die Sache zu verkaufen und aus dem Erlös seine Notlage zu lindern.

Objekte des Mundraubs sind „Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte". Nahrungsmittel sind Gegenstände, die zur Ernährung des menschlichen Körpers dienen. [5]) Genußmittel sind Stoffe, die durch die menschlichen Organe dem Körper zugeführt und mit dem Genusse verbraucht werden. [6]) Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind solche, die in der Hauswirtschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben verbraucht zu werden pflegen. [7]) Aus dem seit der Novelle vom 19. 6. 1912 geltenden Wortlaut des § 370 Nr. 5 ist gefolgert worden, daß Nahrungs- und Genußmittel nur dann Objekte des Delikts sind, wenn sie zugleich Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind. Frank [8]) hat aber darauf hingewiesen, daß die Novelle eine solche Einschränkung des Tatbestandes nicht beabsichtigt habe, und ihm folgend legt heute die herrschende Lehre [9]) den Tatbestand so aus, daß andere Gegenstände als Nahrungs- und Genußmittel Objekte des Mundraubs sein können, sofern sie Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind. Die Frage, wann die Menge eine geringe oder der Wert ein unbedeutender ist, ist auch hier im wesentlichen tatsächlich zu entscheiden. In subjektiver Beziehung verlangt das Gesetz die Absicht „alsbaldigen Verbrauchs". Daraus will Harburger [10]) schließen, daß der Mundraub nicht alle Tatbestandsmerkmale des Diebstahls enthalte, da die Entwendung nicht zum Zwecke der Zueignung geschehen dürfe. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der alsbaldige Verbrauch als eine spezifische Art der Zueignung anzusehen ist. Für das geltende Recht wird angenommen, daß § 370 Nr. 5 nicht nur gegeben sei, wenn der Täter die entwendete Sache für sich verbrauchen wolle, sondern auch dann, wenn der Verbrauch durch einen Dritten erfolgen soll. Diese Ansicht ist richtig: Denn das Gesetz stellt das Erfordernis des persönlichen Verbrauchs nicht auf. Streitig ist aber, wer als Dritter in Frage kommt,

[3]) RG in Lpz. Z. 16 S. 355.
[4]) E. 46 S. 265.
[5]) E. 1 S. 223; 47 S. 247.
[6]) E. 4 S. 72.
[7]) E. 53 S. 229.
[8]) V 1a.
[9]) Olshausen c, L. K. V 4 Abs. 5, E. 47 S. 247 (262).
[10]) S. 300.

ob nur Angehörige [11]) oder bestimmte Bekannte [12]) oder jede dritte Person. [13])

Die Privilegien dieser Delikte bestehen außer in der milderen Bestrafung darin, daß die Verfolgung nur auf Antrag eintritt und daß die Tat straflos bleibt, wenn sie gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen den Ehegatten begangen wird.

Die neueren Entwürfe übernehmen beide Tatbestände ohne wesentliche sachliche Aenderung und fassen sie unter der Bezeichnung „Entwendung" in der Weise zusammen, daß sie sie in zwei getrennte Absätze derselben Vorschrift verweisen. [14]) Die unterschiedliche Behandlung der Notentwendung als Vergehen und des Mundraubs als Uebertretung geben die Entwürfe auf. Mit Rücksicht darauf, daß beide Tatbestände häufig ineinander übergehen, besonders aber, weil es nicht gerechtfertigt ist, „den, der aus Not gehandelt hat, grundsätzlich strenger zu bestrafen als den, der sich zur Befriedigung eines augenblicklichen Gelüstes an fremdem Eigentum vergreift", [15]) werden sie nunmehr als Vergehen angesehen: Ihre Einordnung in die Uebertretungen würde mit dem von den Entwürfen festgehaltenen Uebertretungsbegriff als einer bloßen Ordnungswidrigkeit in Widerspruch stehen. Die Notentwendung haben die Entwürfe fast wörtlich aus dem geltenden Recht entnommen. Beim Mundraub wird durch Weglassung des Wortes „andere" vor den Worten „Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs" klargestellt, daß auch solche Sachen Objekte einer Entwendung sein können, die nicht in der Hauswirtschaft verbraucht werden (z. B. Zigarren). Bisher ist streitig, wer außer dem Täter als Verbraucher in Betracht kommen kann. Während KE [16]) sich der herrschenden Lehre anschloß und von dem alsbaldigen Verbrauch „durch sich oder einen anderen" sprach, hat E. 19 diesen Zusatz gestrichen. Zur Begründung [17]) wird darauf hingewiesen, daß sich auch der auf diese Vorschrift berufen könne, der fortgesetzt aus einem Warenlager Nahrungs- oder Genußmittel, Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs entwendet, um damit nicht nur sich, sondern beispielsweise auch seine Freunde und Bekannten zu versorgen. Diese Bedenken sind begründet, und es ist zu begrüßen, daß nunmehr die E. 25 und 27 den Tatbestand dahin einschränken, daß nur der Täter oder seine Angehörigen aufgeführt sind. Durch den neuen Namen und die Stelle, an der das Delikt behandelt wird, ist nunmehr klar zum Ausdruck gebracht, daß die Entwendung gegenüber dem Diebstahl,

[11]) Rspr. 8 S. 139; RG in JW 1916 S. 331 Nr. 2.

[12]) Binding I S. 310.

[13]) E. 13 S. 371; 47 S. 247; 53 S. 168; RG in Recht 1919 S. 691; Frank V 3; L. K. V 8; Olshausen. g.

[14]) E. 19 § 366; E. 25 § 303; E. 27 § 336.

[15]) Denkschr. zu E. 19 S. 312; Begr. zu E. 25 S. 157; E. 27 S. 171.

[16]) § 421 Nr. 1.

[17]) Denkschr. S. 313.

der Unterschlagung und der unberechtigten Aneignung ein selbständiges Delikt ist. Darüber hinaus schlossen sich E. 19 und 25 der von uns für das geltende Recht vertretenen Auffassung an, daß deshalb auch eine Entwendung, bei der die Voraussetzungen eines der Schärfungstatbestände des Diebstahls vorliegen, immer nur als Entwendung bestraft werden könne. E. 27 dagegen macht insofern eine Trennung, als er die Entwendung nicht allen Diebstahlsarten gegenüber als Sonderdelikt gelten läßt. Das wird dadurch erreicht, daß der Begriff „entwenden" durch Verweisung auf bestimmte Tatbestände definiert wird, wodurch zugleich neben „entwendet" die Worte „oder unterschlägt" überflüssig werden. Durch die Anführung der §§ 328 (einfacher Diebstahl), 329 (schwerer Diebstahl), 330 Abs. 1 und 3 (Einbruch bei Tag und zur Nachtzeit), 333 (Unterschlagung) und 334 (unberechtigte Aneignung) stellt der Entwurf klar, daß der Diebstahl mit Waffen (§ 330 Abs. 2), der gewerbsmäßige Diebstahl (§ 331) und der räuberische Diebstahl (§ 332) nie als Entwendung angesehen werden können, sondern mit Zuchthausstrafe zu ahnden sind. Diese Regelung bedeutet zweifellos einen Fortschritt auf dem von Harburger[18]) vorgeschlagenen Wege, die Privilegierung zu beseitigen, wenn die Entwendung unter erschwerenden Umständen begangen wurde. „Wer vor solchen nicht zurückschreckt, wenn es gilt, sich geringfügige Sachen zu verschaffen, ist umsomehr fähig, so zu handeln, wenn Größeres auf dem Spiele steht, und verdient darum keine Milde". Die Gefährlichkeit dieser Taten steht im Widerspruch zu der milden Strafdrohung des § 336. Das hat der Entwurf mit Recht berücksichtigt.[19]) Es muß ihm aber der Vorwurf gemacht werden, daß er durch die verschiedenartige Behandlung der einzelnen Diebstahlsarten eine willkürliche Regelung geschaffen hat: Die Gründe, die für eine erhöhte Bestrafung der qualifizierten Tatbestände maßgebend waren, lassen in allen Fällen eine Privilegierung auch dann als unbillig erscheinen, wenn es sich nur um geringwertige Gegenstände handelt. Es muß daher gefordert werden, daß § 336 ausgeschlossen ist, wenn durch die Tat einer der Schärfungstatbestände des Diebstahls erfüllt ist.

Auf einen anderen Mangel ist noch hinzuweisen: Nach geltendem Recht und nach E. 27 soll der Versuch der Entwendung straflos bleiben. Die Folge ist, daß sich der bei der Ausführung eines Diebstahls überraschte Täter damit herausreden kann, er habe nur Nahrungs- oder Genußmittel zum alsbaldigen Verbrauch oder aus Not geringwertige Sachen wegnehmen wollen. Diese häufig unwiderlegbare Behauptung würde ihm Straffreiheit sichern. Um diese Gefahr zu vermeiden, schlagen wir vor, entsprechend den E. 19 und 25 an der Strafbarkeit der versuchten Entwendung festzuhalten.[20])

[18]) S. 373 Nr. 26.
[19]) Begr. S. 172.
[20]) Dagegen Mannheim S. 350.

Entsprechend dem geltenden Recht stellen die neueren Entwürfe für Ehegatten und Verwandte aufsteigender Linie einen persönlichen Strafausschließungsgrund auf. Das ist gutzuheißen, da hier die Bedenken, die der Aufrechterhaltung einer solchen Vorschrift beim Familiendiebstahl entgegenstehen, wegen der leichteren Natur der Fälle nicht vorliegen [21])

Dem geltenden Recht entspricht es auch, daß die Entwendung Antragsdelikt ist und mit Gefängnis bis zu 3 Monaten oder Geldstrafe bedroht ist. Neu ist die Bestimmung, daß das Gericht in besonders leichten Fällen [22]) von Strafe absehen kann.

[21]) Vgl. Begr. zu E. 27 S. 171.

[22]) E. 27 § 76.

Sechstes Kapitel.

Sondertatbestände.

§ 15.

Unberechtigte Aneignung.

Bei der Behandlung des Diebstahls und der Unterschlagung haben wir gesehen, daß diese Delikte in Abweichung vom geltenden Recht und von VE, KE und E. 19 künftighin nach der subjektiven Seite durch Einführung der Bereicherungsabsicht verändert werden sollen. Dadurch sollen gewisse Fälle, die sonst als Diebstahl oder Unterschlagung zu bestrafen wären, von dieser Beurteilung ausgenommen werden. Die Zueignung ohne Bereicherungsabsicht soll aber nicht straflos sein, vielmehr will E. 27 die Lücke, die durch die Neuregelung entsteht, durch einen besonderen Tatbestand der „Unberechtigten Aneignung" ausfüllen, der in § 334 folgenden Wortlaut hat:

> Wer, abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bestraft.
>
> Der Versuch ist strafbar.
>
> In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Unter diese Vorschrift fallen die Handlungen, bei denen der Täter sich ohne Bereicherungsabsicht an fremdem Eigentum vergreift, also insbesondere die Fälle der Selbsthilfe, des rechtswidrigen Tausches und der Wegnahme einer nicht objektiv geldwerten Sache, z. B. eines politisch wichtigen Dokumentes oder einer Sache von bloßem Affektionswert.[1]) Die Schöpfung dieses Ersatztatbestandes, den Hegler[2]) eine „verunglückte Bildung" nennt, ist ein weiterer[3]) Beweis für die

[1]) Vgl. Begr. S. 164, 170.

[2]) a. a. O. S. 282, wo er dasselbe Delikt des VE behandelt.

[3]) Außer den bei der Behandlung des Diebstahls aufgezeigten Argumenten.

Fehlerhaftigkeit des neuen Diebstahlsbegriffes. Warum hat man den Tatbestand der unberechtigten Aneignung überhaupt aufgestellt?

Es wurde behauptet, zwischen einer Entwendung mit oder ohne Bereicherungsabsicht bestehe ein psychologischer Unterschied. Die Fälle der Selbsthilfe, des eigenmächtigen Tausches und der Wertlosigkeit seien anders zu beurteilen als gewöhnliche Diebstähle. Es handele sich um Taten, die eine Brandmarkung als Diebstahl nicht verdienten und bei denen die Diebstahlsstrafen unangemessen schwer seien. Die verschiedene Gesinnung des Täters rechtfertige auch eine verschiedenartige Behandlung und Bezeichnung.[4]) Da nun der Entwurf den Diebstahl zum Bereicherungsdelikt gemacht hat, mußte für die zugestandenermaßen auch strafwürdigen Fälle, bei denen eine Bereicherungsabsicht nicht vorliegt, eine besondere Vorschrift geschaffen werden. Die für diese Unterscheidung angeführten Gründe können jedoch nicht überzeugen. Es ist richtig, daß für Straftaten, die aus ganz verschiedenen Motiven begangen werden, getrennte Tatbestände aufzustellen sind. Dem hat das Gesetz aber auch Rechnung getragen, indem es die oben besprochenen Fälle der „Entwendung" von der Diebstahlsbestimmung ausgenommen hat. Im übrigen besteht eine solche Notwendigkeit nicht, und alle nur möglichen Fälle, die eine leichtere oder strengere Bestrafung verdienen, können nicht in besonderen Tatbeständen, sondern nur im Rahmen der Strafzumessungsgründe berücksichtigt werden. Und was soll hier überhaupt unter psychologischen Verschiedenheiten verstanden werden? Durch die Neuregelung wird erreicht, daß derjenige, der eine Sache ohne Bereicherungsabsicht wegnimmt, nicht mehr zum Dieb gestempelt wird: Ob dies aber wünschenswert ist und der Rechtsanschauung des Volkes entspricht, muß sehr bestritten werden. Denn es handelt sich doch in jedem Falle um einen bewußt rechtswidrigen Bruch unserer Eigentumsordnung, der als das bezeichnet werden sollte, was er ist, als Diebstahl bezw. Unterschlagung. Es wurde auch schon darauf hingewiesen, daß Handlungen denkbar sind, die verwerflicher sind als manche geringfügigen Entwendungen, z. B. die Wegnahme einer Sache aus Neid oder Rache, oder eines Briefes, um einen anderen bloßzustellen. In diesen und ähnlichen Fällen trifft den Täter in Zukunft die Strafe wegen unberechtigter Aneignung, die sicher nicht so abschreckend wirkt wie eine Bestrafung als Dieb. Dadurch aber wird der strafrechtliche Schutz des Eigentums unter gewissen Umständen, besonders wenn es sich um nur ideelle Werte handelt, verringert. Die Verfasser des Entwurfs scheinen auch eingesehen zu haben, daß die verschiedenen Taten mit oder ohne Bereicherungsabsicht gleich strafwürdig sind. Daher wurde derselbe Strafrahmen aufgestellt (Gefängnis von 1 Woche bis zu 5 Jahren), so daß als einzige Neuerung die verschiedene Benennung übrigbleibt. v. Weber[5]) ist zuzustimmen, daß „die Gleichförmigkeit der Straffolgen

[4]) So Mannheim S. 340.
[5]) S. 238.

gegen die zur Rechtfertigung der Scheidung herangezogene Annahme spricht, daß es sich um psychologisch typisch verschiedenartige Verbrechen handelt".

Eine sachlich veränderte Umgrenzung der Strafbarkeit gegenüber dem geltenden Recht tritt nicht ein, da § 334 sämtliche Begriffsmerkmale des Diebstahls und der Unterschlagung enthält. Vor allem fällt der Gebrauchsdiebstahl nicht unter diese Vorschrift, da Zueignung der Sache verlangt wird. Aus der Nichterwähnung des Gewahrsams ergibt sich, daß es gleichgültig ist, ob die Sache sich im Gewahrsam des Verletzten oder des Täters oder eines Dritten befindet. Ebenso wie bei Diebstahl und Unterschlagung hat der Entwurf für das neugeschaffene Delikt bestimmt, daß die Zueignung an einen Dritten der eigenen gleichsteht. Auch der Versuch ist für strafbar erklärt. Ein gesetzestechnischer Mangel ergibt sich daraus, daß zwar § 335 (Haus- und Familiendiebstahl) und § 336 (Entwendung) auf die unberechtigte Aneignung Anwendung finden, nicht aber die qualifizierten Fälle der §§ 329—332. An ihre Stelle müssen nach Abs. 3 die vagen „besonders schweren Fälle" treten, bei deren Vorliegen Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren verhängt werden kann. Der Reichstagsausschuß hat bei der ersten Lesung sogar diesen Absatz gestrichen, ohne zu bedenken, daß Erschwerungsgründe bei der unberechtigten Aneignung ebenso wie beim Diebstahl angemessen sind.

Immerhin ist ein derartiger Ergänzungstatbestand erforderlich, wenn die Bereicherungsabsicht nicht aufgegeben wird. E. 25, der die unberechtigte Aneignung noch nicht unter Strafe stellte, wies insofern eine Lücke auf. Das zeigte sich besonders bei der Entwendung, die infolge der erforderlichen Bereicherungsabsicht in zahlreichen Fällen hätte straflos bleiben müssen. Denn der beim Mundraub vorliegende Zweck des alsbaldigen Verbrauchs schließt die Bereicherungsabsicht insbesondere dann aus, wenn die Wegnahme aus Naschsucht oder Lüsternheit erfolgte. Hier hat E. 27 durch die Erwähnung des § 334 in § 336 Abhilfe geschaffen.

Grundsätzlich ist aber die Regelung des geltenden Rechts der des Entwurfs vorzuziehen: Der Entwurf schafft im Grunde nur einen neuen Namen und eine neue Grenze, und durch Einfügung eines für das Ergebnis gleichgültigen unterscheidenden Kriteriums verwickelt und erschwert er die Rechtslage unnötig.

§ 16.

Dauernde Entziehung von Sachen.

Eine wesentliche Ergänzung der Strafandrohungen des geltenden Rechts wird durch den seit dem GE in sämtlichen Entwürfen [1]) enthaltenen Tatbestand der „Dauernden Entziehung von Sachen" geschaffen, der in E. 27 folgenden Wortlaut hat:

[1]) GE § 305; KE § 373 ; E. 19 § 368; E. 25 § 304; E. 27 § 337.

Wer in der Absicht, jemand Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.

Diese Strafvorschrift erfaßt den Fall, daß jemand in fremdes Eigentum in der Weise eingreift, daß er eine Sache dem Eigentümer dauernd entzieht, ohne sie sich oder einem Dritten zueignen zu wollen. Nach geltendem Recht kann nicht bestraft werden, wer z. B. eine fremde Sache ins Meer versenkt oder wer eine Hürde öffnet, damit die Tiere entweichen. Eine Sachbeschädigung liegt nach herrschender Ansicht [2]) nicht vor, da auf die Substanz der Sache nicht zerstörend eingewirkt wird. Derartige Fälle straflos zu lassen, widerspricht aber dem Rechtsempfinden, jedenfalls dann, wenn der Täter in der Absicht handelt, jemandem Nachteil zuzufügen. Durch das neugeschaffene Delikt ist die Bestrafung der genannten und ähnlicher Fälle gesichert.

Objekt des Delikts ist eine fremde Sache. Im Gegensatz zu Diebstahl, Unterschlagung und Unberechtigter Aneignung wird Beweglichkeit der Sache nicht verlangt. Die strafbare Tätigkeit besteht in einem dauernden Entziehen. Eine Entfernung der Sache vom bisherigen Aufbewahrungsort ist nicht erforderlich. Andererseits darf die Entziehung nicht dadurch geschehen, daß der Täter sich die Sache zueignet: Denn dann würden §§ 328 bezw. 333 bezw. 334 zur Anwendung kommen. Ein Fehler liegt darin, daß die Entwürfe den Begriff „dauernd" zum objektiven Tatbestandsmerkmal erheben. Der Nachweis der Vollendung der Tat wird sich nach dieser Fassung nur selten erbringen lassen. Das ist aber Voraussetzung der Bestrafung: Denn der Versuch ist nicht strafbar, und wer einem anderen eine Sache wegnimmt, um sie ihm demnächst wiederzugeben, fällt nicht unter die Vorschrift. [3]) Mit Recht weist Mannheim [4]) darauf hin, daß nicht einzusehen sei, weshalb derjenige, der die Sache nach einigen Jahren zurückgebe, nicht bestraft werden solle, und daß es Fälle gebe, die strafwürdig seien, obwohl der Täter nur eine ganz vorübergehende Entziehung beabsichtige. Und weshalb soll der Täter nicht bestraft werden, wenn etwa die entlaufenen Tiere zurückkehren? Diese Bedenken könnten ausgeräumt werden, wenn man den Begriff „dauernd" in den subjektiven Tatbestand einbezöge und eine „Entziehung in der Absicht dauernder Schadenszufügung" verlangte. Ganz beseitigen kann man ihn nicht, da man sonst entgegen der ratio legis allgemein das furtum usus strafen würde.

---

[2]) Z. B. Harburger S. 215, Frank § 303 II 1, Olshausen § 303, L. K. § 303, 4, Merkel S. 853, v. Liszt-Schm. § 132.

[3]) Denkschr. zu E. 19 S. 314, Begr. zu E. 25 S. 158, E. 27 S. 172.

[4]) S. 343.

Nach den Entwürfen ist die dauernde Entziehung nicht als solche strafbar: Sie muß vielmehr in der Absicht erfolgen, jemand Nachteil zuzufügen. Hierdurch soll vorzugsweise ein Handeln aus Bosheit oder Rachsucht getroffen werden.[5]) Daß der Täter außerdem noch einen anderen Zweck verfolgt, schließt die Anwendung des § 337 (E. 27) nicht aus. Denkbar wäre z. B. der Fall, daß der Täter den Eigentümer benachteiligen, dem im Besitz der Sache befindlichen Entleiher aber nur einen Streich spielen will. Da nach dem Wortlaut des Gesetzes derjenige, der benachteiligt werden soll, nicht mit dem, welchem die Sache entzogen wird, identisch zu sein braucht, wäre der Täter nach § 337 strafbar.

Abgesehen von dem eben erwähnten Mangel halten wir die systematische Stellung des Delikts im Diebstahlsabschnitt für verfehlt. U. E. hat der Tatbestand mehr Verwandtschaft mit der Sachbeschädigung als mit dem Diebstahl. Das haben anscheinend auch die Verfasser des Entwurfs erkannt: Denn sie begründen seine Ausdehnung auf unbewegliche Sachen mit der Aehnlichkeit mit der Sachbeschädigung, die ebenfalls — im Gegensatz zu Diebstahl und Unterschlagung — nicht auf bewegliche Sachen beschränkt ist.[6]) Aber auch seinem Wesen nach unterscheidet sich das Delikt von Diebstahl und Unterschlagung. Es handelt sich nämlich weniger um einen Angriff auf die Sache als um eine Schädigung des Inhabers der Sache, wie sich aus dem subjektiven Erfordernis der Benachteiligungsabsicht ergibt. Eine wesentliche Voraussetzung der im Diebstahlsabschnitt geregelten Tatbestände ist die Zueignung der Sache. Dieses charakteristische Merkmal fehlt aber gerade bei der „dauernden Entziehung", und deshalb gehört diese Vorschrift nicht zu den Aneignungsdelikten. Ihrer Verwandtschaft, besonders der Art des verletzenden Angriffs nach wäre ihre Behandlung im Zusammenhang mit der Sachbeschädigung zu fordern, die Hegler[7]) als den charakteristischen Typus für ein Vermögensentziehungsdelikt anführt.

Von diesen Mängeln abgesehen ist der Tatbestand als solcher zu begrüßen. Als Strafe ist Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorgesehen. Der Umstand, daß die Tat nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt wird und daß in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden kann, wird einer unnötigen Inanspruchnahme der Gerichte und einer Ausdehnung der Bestimmung auf nicht strafwürdige Fälle entgegenwirken.

[5]) Denkschr. zu E. 19 S. 300 f., Begr. zu E. 25 S. 150 f., E. 27 S. 164.
[6]) Vgl. Denkschr. zu E. 19 S. 314, Begr. zu E. 25 S. 158, E. 27 S. 172.
[7]) Band IX S. 159 f.

Lebenslauf.

Als Sohn des Bürgermeisters Walther Dobbelmann und seiner Ehefrau Elfriede geb. Nockher wurde ich am 6. Juli 1907 in Stolberg (Rhld.) geboren. Ich bin katholischer Konfession. Von Ostern 1914 bis Ostern 1927 besuchte ich Vorschule und Gymnasium zu Stolberg (Rhld.), mit Ausnahme der Zeit von Ostern bis Weihnachten 1922, in der ich Schüler des Progymnasiums Honnef (Rhein) war. Die Reifeprüfung bestand ich am 16. März 1927. Dann widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte von Ostern 1927 bis Herbst 1928 an der Universität Tübingen, von Herbst 1928 bis Ostern 1929 an der Universität München und von Ostern 1929 bis Herbst 1930 an der Universität Bonn. Am 26. März 1931 bestand ich am Oberlandesgericht in Köln die Referendarprüfung. Zurzeit bin ich im Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Aachen tätig. Am 27. Mai 1933 bestand ich das Rigorosum.